image
not
available





IVSTI HENNINGII BOEHMERI ICti

POTENTISSIMI BORVSSORVM REGIS A CONSILIIS SANCTIORIBVS, REGIMINIS DVCATVS MAGDEBVRGICI CANCELLARII, ACADEMIAE FRIDERICIANAE DIRECTORIS, ORDINIS ICTORVM PRAESIDIS ET PROFESSORIS IVRIS PRIMARII

EXERCITATIONES
AD
PANDECTAS

in quibus præcipua Digestorum capita explicantur,
antea sigillatim editæ, nunc coniunctim secundum ordinem Pandectarum digestæ,

CVRA FILII

GEORGII LVDOVICI BOEHMERI D.

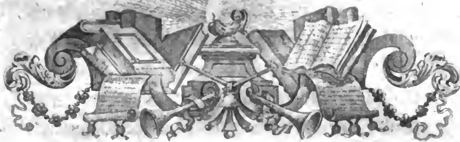
POTENTISSIMI MAGNAE BRITANNIAE REGIS AB AVLAE CONSILIIS ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA GEORGIA AVGVSTA.





TOMVS III.

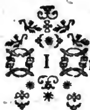
GOTTINGAE,
APVD IO. WILH. SCHMID, ACAD. BIBLIOPOL.
CIↃIↃCCXXXXVIII.



BENEVOLO LECTORI

SALVTEM

GEORGIVS LVDOVICVS BOEHMER.



I Emperialis liberalitatis genus eſt, quod BENEFICII appellatione venit ſub Imperatorum Romanorum imperio. Vocis eminentiorem ſignificatum ſeruant codex Theodoſianus et Veteres: ſed exulat in Digeſtorum et Codicis Iuſtinianei voluminibus. Non difficilis indaginis eſt appellationis ratio: ſiquidem conceſſiones principales, et quibus illæ confe-

Beneficia vnde dicta?

rebantur, reſcripta beneficii nomen ſubinde tulerunt. *L.3.D.* et *L.5.C.Th. de conſtit.princ.L.5.C.Th.de denunciat.* Jac. Gothofredus *in Paratit l. ad Lib. I. Tit. II. Cod. Theod. tom. I. p.* 12. Imperatorum largitionibus exinde veluti proprium redditum eſt beneficiorum vocabulum, adeo vt non minus dona, ex pecunia publica facta, eodem nomine venerint. Muneris imperialis mentionem inicit Juſtinianus in *Edicto IV. c. I. quod*, inquit, BENEFICIVM *nuncupatur.* De eisdem dicendi occaſionem dederunt, quæ paſſim in hoc, quod prelum exit, Paternarum ad Digeſta Exercitationum nouo volumine de beneficiis adpoſite expoſita ſunt: vt adeo nec ab hoc ipſo loco alienum eſſe exiſtimauerim, DE BENEFICIIS ROMANORVM praefaminis loco nonnihil commentari.

§. II.

Benef. in quia.

Praedia publica ab Imperatoribus donata priuatis, BENEFICIA dicuntur Romanis, æque ac ipſa *eorundem conceſſio* ſeu *donatio* eodem nomine

mine effertur, vt in formula; *beneficio habere, beneficio concedere fundum.* Hoc ſenſu vocantur *poſſeſſiones principali liberalitate donatæ*, in L.5.C.Th. de collatione donat, *fundi ſacra liberalitate donati*, in L.1. eod. *largitates principum*, vel *poſſeſſiones, largitate principali priuatis collatæ*, in L. 4. eod. *beneficia principalia*, in L. 5. eod. Quando itaque IVSTINIANVS in *L. vlt. C. de quadrien. præſcript.* multa ſe variis perſonis maxime eccleſiis, epiſcopis venerabilibusque locis donationibus ex ſubſtantia ſua largitum eſſe refert, beneficia non immerito intelligit Guido Pancirollus in *Comment. ad notit. dignit. Imp. Orient. c.* 89. apud Græuium in *theſ. Ant. Rom. tom. VII. p.* 1560.

§. III.

Prædiorum publicorum nomine complector omnia ſiue ad principem ſiue ad rempublicam pertinuerint. Nam et beneficiorum imperialium alia ex bonis patrimonialibus principum, quæ iuris priuati vel patrimonialis dicuntur in *Fundi publici in beneficium dati.*

L 6. C. Th. de collat donat. alia ex fisco, quorsum fundi reipublicae et quae de bonis caducis et vacantibus fisco quaesita et delata erant, pertinebant, data esse refert THEODOSIVS Jun. in cit. Legibus. Conf. Jac. Gothofredus in *comment. Cod. Th. tom. IV. p.* 162. *et* 165. *Possessiones ergo patrimoniales per Asianam et Ponticam dioecesim priuatis sacra largitate donata*, quarum meminit L. 6. *C. Just. de fundis patrim. beneficia* fuerunt. Sola, de hostibus capta, cum ad rempublicam pertinerent, saepenumero beneficio concessa sunt priuatis. Limitaneis ducibus et militibus eadem ab ALEXANDRO SEVERO donata esse, auctor est Lampridius in *eius vita cap. LVIII.*

§. IV.

Rationem donationis publica habebant.

Omnis beneficiorum ratio in donatione publicorum bonorum ab Imperatoribus facta consistebat. Qui fere de beneficiis quidquam memorant, fundorum a Principe donatorum mentionem iniiciunt. Vnde et Gothofredus in Comment.

ment. ad L. 2. C. Th. de collat. donat. Tom. III. p. 155. beneficia appellat *donatas possessiones e fisco a principe.* Quo largitatis genere cum Principes non minus subinde in publica commoda quam in priuatorum iura peccarent, bonorum vacantium et caducorum, causa nondum satis instructa, fisco delatorum concessionibus ad inuerecundas petitiones factis, prouidam et moderatam ALEXANDRI SEVERI munificentiam in laude collocat, Lampridius in *vita eius cap. XLVI.* dum, *cogitabat secum*, inquit, *et descriptum habebat, cui quid praestitisset: dabat autem haec in* BENEFICIIS, *quae famam eius non laederent.* Aduersus auidas beneficiorum impetrationes et vt inhiantium petitioni non minus occurrerent, quam fisci vtilitati consulerent, optimorum principum extant leges, ne quis beneficii principalis commodo prius potiretur, quam bonorum vacantium et caducorum peruestigatione rite suscepta, pariter atque ex *Comitis Rerum Priuatarum* descriptione et relatione de patrimonii modo

con-

constaret. Antea quam id fieret, *neminem ad indultum beneficium pertinere*, hoc est, peruenire, sanxit THEODOSIVS in *L.* 14. *C. Th. de petitionibus*, et colludentibus *beneficii potestatem ademit*, in *L.* 16. *eod.*

§. V.

In Dominio pleno fuerunt, subinde tamen restricto pro largitoris arbitrio.

Quod donationis indoles vult, bona, a Principe donata seu beneficio concessa, in accipientis libero fuerunt dominio, nisi quoad principi legem donationi dicere placuerat. Qui beneficia habebant, his *alienandi* facultas non negata. Possessiones, principali largitate donatas, venditas æque ac aliis donatas esse, THEODOSIVS IVN. sine censura refert in *L.* 5. *C. Th. de collat. donat.* Qua lege concederentur, principis largitoris erat arbitrium. *Propter curam et munitionem limitis atque Fossati* terras limitaneas veteranis esse donatas, patet ex HONORII sanctione in *L.* 1. *C. Th. de terris limit.* et ex Lampridio l. c. cap. 58. eamque in rem nonnulla testimonia collegit Jac. Go-

Gothofredus *ad cit. L. 7. II. p.* 398. Quæ lex ſeu conditio, vbi dicta et annexa erat huiusmodi beneficiis prædiisque: eadem non niſi ſub eodem onere alienare par erat. Renuente *nouo poſſeſſore*, idem opus in militia peragenda vel in intuitione limitis ſubire, eiusmodi terras ad eum, a quo receſſerant, retrahi iuſſit HONORIVS *in cit. L.*

§. VI.

Data ſemel fides a principe, factaque ſemel beneficiorum conceſſio in perpetuum fuerat irreuocabilis. Inde ius poſſeſſoris firmum, perpetuumque naſcebatur, in heredes non minus eadem, qua beneficia conceſſa erant, lege tranſiturum. Vim imperialium largitionum beneficiorumque lege muniuit HONORIVS in L. 5. C. *Th. de collat. donat.* *Largitates tam noſtræ clementiæ, quam retro principum, ex eo tempore, quo in bene meritos de Republica conferuntur, tenere perpetem firmitatem præcipimus, ut quod vnusquisque meruit, et recte transmiſit, nec ad heredem nec ad ori-* *Beneficia ad heredes tranſmiſſa.*

 ginem

constaret. Antea quam id fieret, *neminem ad indultum beneficium pertinere*, hoc est, peruenire, sanxit THEODOSIVS in *L.* 14. *C. Th. de petitionibus*, et colludentibus *beneficii potestatem ademit*, in *L.* 16. *eod.*

§. V.

In Dominio pleno fuerunt, subinde tamen restricte pro largitoris arbitrio.

Quod donationis indoles vult, bona, a Principe donata seu beneficio concessa, in accipientis libero fuerunt dominio, nisi quoad principi legem donationi dicere placuerat. Qui beneficia habebant, his *alienandi* facultas non negata. Possessiones, principali largitate donatas, venditas aeque ac aliis donatas esse, THEODOSIVS IVN. sine censura refert in *L.* 5. *C. Th. de collat. donat.* Qua lege concederentur, principis largitoris erat arbitrium. *Propter curam et munitionem limitis atque Fossati* terras limitaneas veteranis esse donatas, patet ex HONORII sanctione in *L.* 1. *C. Th. de terris limit.* et ex Lampridio l. c. cap. 58. eamque in rem nonnulla testimonia collegit Jac. Go-

Gothofredus *ad cit. L. 7. II. p.* 398. Quæ lex ſeu conditio, vbi dicta et annexa erat huiusmodi beneficiis prædiisque: eadem non niſi ſub eodem onere alienare par erat. Renuente *nouo poſſeſſore*, idem opus in militia peragenda vel in intuitione limitis ſubire, eiusmodi terras ad eum, a quo receſſerant, retrahi iuſſit HONORIVS *in cit. L.*

§. VI.

Beneficia ad heredes transmiſſa.

Data ſemel fides a principe, factaque ſemel beneficiorum conceſſio in perpetuum fuerat irreuocabilis. Inde ius poſſeſſoris firmum, perpetuumque naſcebatur, in heredes non minus eadem, qua beneficia conceſſa erant, lege tranſiturum. Vim imperialium largitionum beneficiorumque lege muniuit HONORIVS in L. 5. C. *Th. de collat. donat. Largitates tam noſtræ clementiæ, quam retro principum, ex eo tempore, quo in bene meritos de Republica conferuntur, tenere perpetem firmitatem præcipimus, ut quod vnusquisque meruit, et recte transmiſit, nec ad heredem nec ad ori-*

ginem filiorum nepotumque sollicitudinem reuocetur. Constituit videlicet, a donatarii heredibus, quocunque gradu, numquam reuocari posse imperiales donationes. Beneficia successionis iure acquisita refert Theodosius in *L. 6. C. Th. eod.* Quae sub onere militiae agendae concessa beneficia, ad heredes et quoscunque successores nonnisi sub eodem onere et opere transibant, idque vi concessionis, sub hac lege factae. Quae ducibus limitaneis militibusque Alexander Seuerus donauerat sola, ab hostibus capta, eorum ita esse constituit, si et heredes illorum militarent, nec vnquam ad priuatos pertinerent, dicens attentius eos militaturos, si etiam sua rura defenderent, ne per inopiam hominum vel senectutem possidentium desererentur rura vicina Barbariae, quod turpissimum ille dicebat: ceu memorat Lampridius in *vita Alexandri Seueri cap. LVIII. Priuatos* hoc loco *militibus* opponi, per eosque *non militantes* intelligi, luculenter docuit Iac. Gothofredus *ad L. 2. C. Th. de terris limit. tom. II. p. 401.*

Eadem

Eadem fuit ſanctio HONORII in L. 1. eod. ne ad alios priuatos transferrentur, quam ſub eadem militiæ conditione, quam largitor dixerat beneficiis.

§. VII.

Solenne fuit Romanorum Imperatoribus, expediendorum tractandorum et cuſtodiendorum eorum omnium, quæ ad rempublicam adminiſtrandam pertinebant, ad certa ſcrinia referre; de quibus egit Venerandus Parens in *exercitat. XII. Tom. I. p. 410. et ſeq.* Noſtrarum largitionum cura pertinuit ad SCRINIVM BENEFICIORVM, quod, ſi ex loco æſtimaueris, fuit Armarium, in quo conceſſiones beneficiorum cuſtodiebantur, ſin ex officii ratione, fuit *collegium eorum, quorum curæ, quidquid iuris imperatorii circa beneficia fuit, conmiſſum erat*, ſiue in tractandis expediendisque beneficiorum conceſſionibus, ſiue in iisdem cuſtodiendis, ſiue in iuribus, quæ imperatoribus in eis competebant, tuendis. *Beneficiarii* appellantur in *L. 7. C. Th. de Cohortalibus* *Scrinium beneficiorum.*

b 2 prin-

Qui illis præerat, et ad quem omnis rerum a principe ex bonis publicis donatarum cura et ratio pertinuit, PRIMISCRINIVS BENEFICIORVM dicitur in *Notitia Dignitatum Imperii Orientis* apud Pancirollum *l. c. cap. 80. p. 1557.* et in *Notit. Dignit. Imp. Occid. c. 40. p. 1881.* isque fuerat sub dispositione viri illustris, *Comitis rerum priuatarum Domus Augustæ.* Quas ergo princeps bonorum publicorum faciebat largitiones, Primiscrinius Beneficiorum tractabat, earumque instrumenta per scriniarios expediri, beneficiorumque conditiones annotari curabat, vt semper esset modus beneficii perspectus.

§. VIII.

Libri beneficiorum.

LIBRI BENEFICIORVM, quos imperatores secum habuisse leguntur, cum scriptis, in scrinia beneficiorum relatis, non sunt pro eisdem habendi. AVGVSTI iam fuit illud institutum, eumque libellum composuisse refert Tacitus *lib. 1. Annal. cap. XI.* quo opes publicæ continebantur, quantum ciuium sociorumque in armis,

mis, quot classes, regna, prouinciae, tributa, aut vectigalia, et necessitates, *ac largitiones*; quae cuncta sua manu perscripserat Augustus.[l] Huius *rationarii* seu *breuiarii totius Imperii* pars fuerat *liber beneficiorum*, seu largitionum Imperialium, ex bonis publicis factarum; ceu recte obseruat Isaacus Casaubonus in notis ad *Aelium Lampridium cap. 58. p. 171.* et Nicol. Rigaltius in obseruat. ad *Hyginum de limit. p. 271.* ALEXANDRVM SEVERVM cogitasse secum et DESCRIPTVM HABVISSE, cui quid praestitisset, quaeque dedisset in beneficiis, auctor est Aelius Lampridius in *eius vita cap.* 58. Liber beneficiorum vocatur Hygino de *limitibus constituendis p. 193. Si qua beneficio concessa aut assignata fuerint, in* LIBRO BENEFICIORVM *adscribemus.* Et Dolabella inter *Wil. Goesii auctores rei agrariae p. 301. Quaeris*, inquit, *si in* LIBRO BENEFICIORVM *regionis illius beneficium alicui Augustus dederit?* Eumdem libellum COMMENTARIVM BENEFICIORVM appellari, intelligis ex inscriptione apud Mart. Smetium in *Inscript. ant. p. 101. n. 9.* et Ianum Gruterum in *Synt. inscr. p. 578. n. 1.*

M. VLPIO. AVG. LIB.
PHAEDIMO. DIVI. TRAIANI. AVG.
A. POTIONE. ITEM. A. LAGVNA. ET
TRICLINARCH. LICTORI. PROXIMO. ET
A. COMMENT. BENEFICIORVM. VIXIT
ANN. XXVII, &c.

M. Vlpius Traiano A COMMENTARIIS BENEFICIORVM fuiſſe dicitur, non ſcriniarius, ſed Auguſti libertus et tricliniarcha, ſeu qui menſæ Auguſti præerat. Simili inſtituto vnum ex libertis Auguſti magiſtratuum, omniumque, in Imperio Romano militantium, præfectorumque catalogum ſcripſiſſe, et apud ſe conſeruare illisque mandata tradere conſueuiſſe, eumque Cæſaris procuratorem ab Ephemeride et mandatis nuncupatum eſſe, probat Pancirollus in *comment. ad not. dign. Imp. Orient. cap. 92. et 93. l. c. p. 1569. et 1574.* Itaque et a liberto Auguſti ſcribebatur BENEFICIORVM COMMENTARIVS, cuſtodiæ eius commendatus. Commentarius beneficiorum dicitur eodem ſenſu, quo COMMENTARIVM PRINCIPIS appellat Modeſtinus

in *L. 32. D. Ex quib. caussis mai. in int. restit.* libellum, in quo viri ad obeundas imperii dignitates adlecti scribebantur. Nam et libellus, in quo res summatim et quasi per capita solius memoriæ caussa describuntur, veteribus est commentarius, ceu luculenter explicat Vir Ampl. Io. Matth. Gesnerus in *nouo linguæ lat. thes. tom. 1. p. 1051.* Sequiori æuo libri vel commentarii beneficiorum, quem olim secum habuere Principes, mentio non occurrit. Postea enim, tot scriniis ordinatis, omnis beneficiorum tractandorum cura ad scrinium beneficiorum huiusque primatem seu primiscrinium delata esse videtur.

§. IX.

Immunitas beneficiorum a tributis.

Immunitatem a tributis, canone, ordinariisque præstationibus habebat, quidquid benecio concessum erat. *L. 1. et 2. C. Th. de collatione donatar.* Inde beneficiorum a prædiis *stipendiariis* et *emphyteuticis* a principe concessis, discrimen. Hæc in CANONVM SCRINIO adscripta erant, non beneficia, proprio scrinio assignata. Ab eisdem ca-

canones ſeu penſiones prædiis impoſitæ, quotannis præſtandæ, tributa exſoluenda, functiones publicæ ſubeundæ, quorum omnium ratiocinia in canonum ſcrinio tractabantur ſub cura PRIMISCRINII CANONVM. tot. tit. *C. Theod. de locatione fundorum iuris emphyteut. et tit. de collatione fundorum patrimonialium vel emphyteut. Conf.* Pancirollus *l. c. cap. 89. p. 1561.* Ab his præſtationibus immunitas data erat beneficiis. Quod vero æquitas ſuadebat, eum qui de publico quid liberalitate principis meruerat, extra ordinem in adiumentum ærarii quidquam conferre, id principum conſtitutionibus placuit, et quandoque vrgente neceſſitate et ærarii inopia, collatio auri et argenti beneficiorum poſſeſſoribus indicta. Quam in rem HONORIVS in *L. 4. C. Th. de collat. donat.* hanc rationem ineundam eſſe cenſuit, vt quinquennali beneficii poſſeſſori immunitatem ab extraordinaria collatione tribuerit, vltra quinquennium et infra decennium poſſidentem vnius anni penſionem, decennalem vero poſſeſſorem et vltra

biennii

biennii reditus inferre voluerit. *Conf. L.* 5. *et* 6. C. *Th.* eod. et Jac. Gothofredus in *Comment. Tom. IV. p.* 162. *seq.*

§. X.

Eorum discrimen a feudis.

Quantum Romanorum beneficia ab eorum beneficiorum, quae feuda vocantur, ratione absint, ex istorum hactenus explicata indole facile est ad intelligendum. Vtrumque, in quo vel maxime omnis feudorum ratio vertitur, dominii directi, in vtili concedendo, reseruatio et mutuae fidelitatis obligatio, vtrumque inquam ignorant Romanorum beneficia. Donationis rationem habuerunt. In pleno possessorum dominio fuerunt, adeo vt et insalutato principe alienarentur. Dominii directi, a beneficii largitore reseruati, ne vestigium quidem apud Romanos. Fuisse tamen, obiicis, beneficia, vbi lex beneficiaria possessorem ad militiam obligabat. Data, inquam, subinde sunt non actae modo militiae causa sed et in limitis custodia agendae. An

vero donationes ſub lege militiæ factas, an donationes ſub modo, pro feudis habere par eſt? Quæ nonnumquam pro largitoris arbitrio ſub conditione militiæ concedebantur beneficia, eorum plenum apud poſſeſſorem dominium, et alienandi, modo ſub eadem lege ſub eodemque onere in alium transferentur, fuerat arbitrium. Nulla in eisdem dimidiati dominii ratio, qua vel maxime feudum effici conſtat. Plura eorumdem diſcrimina exponere ſuperſedeo, excuſſa diligenter et erudite ab ill. Georgio Chriſtiano Gebauero in *Originibus feudi cap.* I. §. *X. et XI.* ad confutandam eorum opinionem, qui a Romanorum beneficiis militiisque natales clientelarum Germanicarum repetunt.

§. XI.

Beneficiariorum diſcrimen a beneficiorum poſſeſſoribus.

Sed occurrit paſſim mentio BENEFICIARIORUM, quos ſecum habuerunt Duces exercituum, Conſules, Prætores, Præfecti prætorio, Tribuni, Legati proconſulum aliiue magiſtratus, qui ſæ-

sæpius in lapidibus apud Gruterum, Reinesium, et apud veteres leguntur: quos caue eosdem habeas cum beneficiorum possessoribus. Ita dicebantur milites, qui, impetrata a duris militiæ muneribus immunitate et vacatione, ad officia magistratibus Romanis præstanda erant obstricti. Illud constat testimonio Festi, *hac voce*, beneficiarios munere vacasse, distinctos ideo a munificibus, qui non vacabant sed munus faciebant. Nec minus illud vniuersim obseruare licet, eosdem fuisse *in ministerio magistratuum*, siue ciuiles essent siue militares: quorum *beneficio* cum non modo immunitatem a functionibus militaribus sed et id deberent, quod ad officia non sine lauto nonnumquam stipendio promoti essent, nomen beneficiariorum duxisse videntur. Vnde in eorum appellatione solenne fuit adiicere nomen magistratus, cui officium faciebant. In lapidibus sæpe memorantur BENEFICIARIVS LEGATI CONSVL. apud Gruterum p. 51. n. 4.

BENEFICIARIVS PRAETOR. p. 555. n. 3. BENEF. AVG. p. 548. n. 4. BENEF. TRIBVNI p. 538. n. 8. et p. 431. n. 9. BF. COS. apud Smetium l. c. p. 148. n. 1. 2. p. 166. n. 25. B. PR. PR. beneficiarius præfecti prætorio p. 77. n. 10. 11. In eiusdem magiſtratus officio plures ſubinde fuerunt: vnde quis dicitur EXBF. PRAEFECTORVM, ex beneficiariis præfectorum, apud Gruterum p. 572. n. 5. Quos inter qui primas partes agebat, principalis dicebatur, vt apud Gruterum p. 551. n. 3. PRINCIPALIS BENEFICIARIVS TRIBVNI. Quod vero magiſtratui uel principi præſtabant officium, non in cuſtodia modo et tutela corporis, cuius cauſa eosdem ſubinde adhibitos eſſe, memorant Cæſar *de bello ciuili Lib.* 1. cap. 75. et Plinius lib. X. ep. XXXVI. ſed et in variis negotiis, qualia magiſtratus, cui aderant, munus exigere videbatur, expediendis conſiſtebat. In nuncio perferendo beneficiarium adhibitum eſſe, docet Spartianus in *Hadriani vita cap.* 11.

æque

æque ac in conquirendis et inueſtigandis reis, ceu patet teſtimonio Tertulliani de *perſecut. in fuga c. V.* a Jacobo Gothofredo in *comm. ad Cod. Th. L. VIII. tit.* 4. *l.* 5. *Tom.* II. *p.* 500. luculenter explicato. Quæ ad eorumdem rationem exornandam pertinent veterum teſtimonia, larga manu exhibent Gothofredus l. c. Dn. Gebauerus l. c. p. 9. et ſeq. et Dn. Geſnerus l. c. tom. I. p. 634.

§. XII.

Horum a vaſallis diſcrimen.

Beneficiariorum indolem noſſe ſufficit ad eosdem a beneficiorum poſſeſſoribus diſcernendos; beneficiorumque ſufficit rationem perſpicere ad horum a feudis diſcrimina intelligenda Itaque facillimum eſt iudicium de ſententia Ioannis Petri a Ludevvig in *iuribus feudor. c.* I. *qu.* II. *et* III. *p.* 6. 10. *et ſeq.* qui ouum ouo non ſimilius eſſe opinatur, quam vaſallos beneficiariis, et Romanorum beneficia feudis. Quæ ad *fundos beneficiarios* pertinent veterum teſtimonia, cum

his, quæ *Beneficiarios* memorant, pari cenſu habet in re diſſimili explicanda. Deinde Beneficiariorum in officiis, ſuo cuilibet magiſtratui perhibendis, fidem eamdem habet cum fidelitate ſeruitiisque vaſallorum, cum obſeruaſſe oportebat Fidei, ex *perſonali obligatione*, iuxta atque *intuitu prædii* præſtandæ, diſcrimina. Denique mercedem, in prædiis datam beneficiariis, ponit, non probat: neque enim prædia, quæ beneficia vetuſtas appellauit, iſtis diuerſi generis Beneficiariis data eſſe, vllo teſtimonio euinci poteſt, multoque minus intuitu prædiorum, quæ ex perſonali obligatione debebant, præſtita eſſe officia, vel in iſtis largitionibus imperialibus ſupremum dominium remanſiſſe penes principem largitorem.

A Romanis ad Francos, ad quos et beneficiorum vocabulum migrauit, tranſire, beneficiorumque, quæ apud illos fuerit, indolem circumſpicere, eorumque a feudis nouioris æui diuer-

diuerſam rationem exponere, animus fuerat. Sed ipſa temporis anguſtia circumſcriptus, cum et præfaminis limites transgredi vererer, propoſito in alium locum delato, ad id, quod inſtituti ratio exigere videbatur, progrediens, noui huius Paternarum ad Pandectas exercitationum voluminis rationem recenſebo breuiter: breuiori enim eſſe licuit, cum, qui in fronte apparet, Exercitationum Index earumdem argumenta referat ſpeciatim et ſigillatim. Tria priora huius voluminis ſpecimina, ex ampliſſima non minus quam quotidiana rerum creditarum in *libro XII. Pand. tit.* I. propoſita doctrina, illuſtres quæſtiones de creditis et debitis eccleſiaſticis, de debitoris clerici iuribus ac obligationibus, nec non de literis reſpirationis explicant. Ad eiusdem *libri titulum II.* qui de iureiurando præcipit, commentarium habes in Exercitatione XLVII. et XLVIII. quarum altera iurisiurandi delati et, quæ per illud inſtruitur, probationis rationem

nem

nem, altera iurisiurandi purgatorii in caufis criminalibus originem et vfum exponit. Legis Rhodiæ, in *lib. XIV. Pand. Tit. II.* propofitæ, aliarumque legum maritimarum, quæ de damnis maritimis fanciunt, præcepta explicatius traduntur in Exercitatione XLIX. Velleiani fenatusconfulti quod *lib. XVI. Dig. tit.* I. traditur, hiftoriam et fententiam, feminarumque pro extraneis æque ac maritis interceffionem expendit Exercitatio L. Ad emtionis venditionisque, *Lib. XXIII. Dig.* propofitæ, iura pertinet ius retractus, ex iure vetufto patrio et difcrimine bonorum auitorum et acquifitorum paffim in Germania feruatum, cuius origines et fata, eiusque duæ fpecies, retractus gentilitii et vicinitatis, cum generatim tum in fpecie ex ftatutis Hamburgenfibus in Exercitatione LI. exponuntur. Ad *librum XIX. Dig. tit.* II. pertinent Exercitationes LII. LIII. et quæ errore typographi numero LVI. pofita eft. Priores, quæ de locatio-

catione et conductione prædiorum ruſticorum et de commodo ſeruitutis perpetuariæ agunt, non tam auctorem quam ſolummodo Præſidem in conflictu literario agnoſcunt Venerandum Parentem. Poſterior argumentum ſelectum non minus ac vtile de iure primi fori locatoris in conductorem tractat. Illuſtrando *Libri XIX. Dig. titulo II.* egregie inſeruit Exercitatio LIV. quæ expoſita contractus aeſtimatorii indole, quæſtionem de dominio ex eodem transferendo ſub curatius examen reuocat. Ad eiusdem *libri titulum* V. pertinet Exercitatio LV. et LVII. Prior in ſalarii, inprimis promeriti, et anni deſeruiti ratione, ex iuris naturalis, ciuilis, eccleſiaſtici et feudalis principiis excutienda verſatur. Poſterior officia miniſtris delata non tam ex contractu innominato quam ex natura precarii æſtimanda eſſe docet, exhibetque nobiliſſimum et difficillimum, de iuribus principis circa miniſtro-

ſtrorum dimiſſionem, argumentum a Viro Illuſtriſſimo, qui iam inter Regios Status Adminiſtros partibus fungitur moderandarum terrarum Electoralium Brunſuicenſium et Luneburgenſium, PHILIPPO ADOLPHO L. B. DE MVNCHHAVSEN quondam ſub venerandi parentis præſidio docte, copioſe, ornate, et accuratiſſime excuſſum, perenne doctrinarum Viri Illuſtriſſimi monimentum. Quæ poſtremum in hoc volumine locum occupant Exercitationes LVIII. LIX. et LX. ad librum XX. Digeſt. pertinent, quarum prior, quæ ſint pignoris et hypothecæ cum eadem tum diuerſa iura, per omnes quaqua patent partes explicat, altera hypothecæ feudales expreſſæ legitimam conſtitutionem et iura, tertia iuris Romani et Germanici in hypotheca publica differentias tradit. Atque his ſpeciminibus abſoluitur tertium Paternarum ad Digeſta exercitationum volumen. Quod dum ſub floren-

rentiſſima venerabilis ſenis Venerandi Parentis ætate in lucem prodit, pietatis officio defungor dum, quæ pro ſalute eius et incolumitate pia mente concepi, ſoluo vota, Deum precatus, vt velit ea ſemper ſuſcipi ſemperque ſignari.

Scripſi in Georgia Auguſta a. d. IV. Cal. April.

CIƆIƆCCXXXXVIII.





INDEX EXERCITATIONVM.

EXERCITATIO XLIV.
Ad Lib. XII. Pand. Tit. I.
de
NOMINIBVS ECCLESIASTICIS.

Respondente CHRISTIANO NICOLAO SCHELLER *Schwarzburg.*
Habita anno clɔ Iɔ ccxvi. pag. 1.

CAP. I.
de
Iure nominum ab Ecclesia Factorum.
§. I.

Argumenti vtilitas. II. Vnde debita veteribus nomina apellentur? III. Creditum et debitum ita apellatur. IV. Clericorum nomina ex abusu ecclesiastica dicta. V. Ecclesiastica nomina inter protestantes sunt nomina vniuersitatis. VI. In latiori significatu ad nomina piorum corporum referuntur. VII. Spuria fundamenta iurium eis tributorum. VIII. IX. Ex quibus obligationibus nascantur nomina ecclesiastica? X. Vel ab ecclesia, XI. vel ab administratoribus contrahuntur. XII. Horum obligatio ad pecunias ecclesiasticas foenori exponendas, XIII. et intuitu periculi nominum. XIV. An eis tuto solui possit? XV. Nomina ecclesiastica secundum iura loci contrabenda sunt. XVI. Eis vulgo iura fisci tribuuntur. XVII. Conclusiones inde deductae. XVIII. Argumentum a iure fisci deductum reprobatur. XIX. Eisdem negatur hypotheca tacita: XX. quae nec in bonis, qui ecclesiam laesit buic competit, XXI. nec in bonis, beneficiatorum pro eius reparatione. XXII. Intuitu decimarum ex bonis praestandarum competit. XXIII. Mutua, ab ecclesia contracta, secundum ius commune priuilegio non gaudent, XXIV. bene tamen secundum iura prouincialia. XXV. An ecclesiae in bonis administratorum tacita hypotheca competat? XXVI.

De

EXERCITATIO XLV.
Ad Pand. Lib. XII. Tit. I.
de
CLERICO DEBITORE.

Re-

Reſpondente IACOBO ECK. *Colon.*

Habita anno cIↄ Iↄ CCXV. pag. 59.

Respond. SAMVEL CAROLO KÜETMER, *Swerin. Megapol.*

Habita anno CIƆ IƆ CCXXII. p. 159.

te sententiam super probatione interlocutoriam non necessario est deferendum; XII. nec ante litis contestationem. Aliud iure Saxonico. XIII. Iuramenti delatio integra est vsque ad conclusionem in caussa; XIV. etiam post susceptam probationem per testes, XV. vel vbi probationi per testes renunciatum; XVI. vel vbi melior probatio est iniuncta. XVII. Sub iniuncta probatione, facultas iuramentum deferendi continetur. XVIII. Eadem in appellationis instantia salua est. XIX. Præclusa est, via probandi præclusa. XX Termino probatorio circumscribitur. XXI. Hoc elapso admittitur consentiente aduersario, XXII. vel restitutione in integrum contra terminum probatorium impetrata XXIII. vel ex qualitate et fauore caussarum. XXIV. Relatio iuramenti fieri potest, elapso termino probatorio. XXV. Eadem sunt iura actoris et rei in delatione iuramenti. XXVI. Super eodem articulo et probatio ordinaria suscipi et iuramentum deferri potest. XXVII. Metu periurii probato, iuramentum non admittendum. XXVIII. Probationem ex pacto in se suscipiens iuramentum deferre potest XXIX. Delatum re integra reuocari potest. XXX. Quando ab heredibus iuramentum credulitatis deferri queat?

EXERCITATIO XLVIII.

Ad Lib. XII. PAND. TIT. II.

de

VSV IVRAMENTI PVRGATORII IN CRIMINALIBVS.

Resp. GEORG. SAMVEL LVDOVICI. *Landesb. Siles.*

Habita anno cIↄIↄcLXXXIII. p. 233.

§. I. Instituti ratio II. iuramenti purgatorii indoles. III. Recensio doctorum, qui eius vsum in criminalibus damnant. IV. V. Argumenta eorum, qui eumdem tuentur. VI. Nullum eius in iure ciuili præsidium, VII. sed vnice in iure Canonico. VIII. Vsus eius apud plurimas gentes. IX. X. Purgatio per duellum. Iudicium diuinum in ea quæsitum. XI. Aliæ purgationum species ex hoc principio receptæ XII Opinio de iudicio diuino in iuramento. XIII. XIV. Origo iuramenti ad reliquias martyrum. XV. Rationes, ex quibus clerici admissi ad iuramentum purgatorium. XVI. XVII. Gregorii M. eiusque successorum studium in eius vsu pro-

EXERCITATIO XLIX.

Ad Libr. XIV, Pand. Tit. II.

de

DISCRIMINE TEMPESTATIS MARINAE.

Resp. HENRICO KELLINGHVSEN, *Hamburg.*

Habita anno CIↃ IↃ CCIX. p. 273.

CAP. I.

de

Variis generibus discriminis tempestatis marinæ.

defectum der Garnierung. XXX. 8) Per corrasionem murum. XXXI. 9) Per onus nauis iusto gravius, et per varios excessus in officio nautae. XXXII. XXXIII. Damna maritima culpa mercatorum data. XXXIV. Damna dolo illata XXXV. Damna iure inferuntur 1) per iactum XXXVI. 2) Si funes praecidantur.

CAP. II.
de
Ordinaria praestatione detrimenti maritimi.

§. I. Praestatio damni quotuplex? II. An res pereat domino? III. De regula, quod res pereat, cui debetur. IV. Eius vsus in contractibus. V. In damno extra contractus contingente, nauis perit Domino. VI. VII. Sententia iuris Wisbycensis et aliorum iurium maritimorum. VIII. An ex contractu inter vectores et nautas obligatio sit ad damnum casuale in naui praestandum? IX. An mercibus deperditis naulum debeatur? X. XI. Inter exercitorem et magistrum de damni praestatione ex indole locationis vel mandati iudicandum. XII. In societate maritima damnum est commune. XIII. De damno in instrumentis nauticis commodato acceptis. XIV. De damni maritimi culposi praestatione. XV. An plures in solidum teneantur? XVI. Cessat damni reparatio. si in collisione nauium culpa vtrimque aequalis est. XVII. De nautae ad damnum praestandum obligatione. XIX. Exercitor ex culpa magistri sui tenetur. XX. De obligatione conuectorum inter se ex societate. XXI. Mandatarius quatenus ex damno in naui contingente teneatur? XXII. Damna dolo data criminaliter vindicantur. XXIII De iactu et hauaria. XXIV. Quae bona in contributionem veniant? XXV. Quibus per iactum est nocitum, conferendum est?. XXVI. Intuitu mercium iactarum non indicatarum domino non fit contributio. XXVII. De contributione in aliis damnis, citra iactum emergentibus. XXVIII. Illis conferendum, qui expensas in vtilitatem communem fecerunt. XXIX. De damni aestimatione.

CAP. III.
de
Extra ordinaria damni maritimi praestatione.

§. I. Quinam extra ordinem damnum maritimum praestent? De Assecuratione. III. Qualis sit contractus? IV. Quod periculum in ea suscipiatur? V. Obligatio assecuratorum ad damnum, nautae culpa illatum, praestandum, VI. VII. *aeque ac ad casus insolitos praestandos;* VIII. *Nisi quidam in polizza sint excepti;* IX. *Ad contributionem ob damnum iactu illatum.* X. *Quo tempore eorum obligatio incipiat et quousque duret?* XI. *Damnum assecuratoribus mox significandum.* XII.

EXERCITATIO L.

Ad Lib. XVI. Pand. Tit. I.

de

EFFICACI MVLIERVM INTERCESSIONE.

Resp. IO. BERNHARDO REMBOWSKI, *Iudicii Vratislauiens. Aduocat.*

Habita anno cIↄ Iↄ ccxviii. pag. 351.

CAP.

EXERCITATIO LIII.

Ad Lib. XIX. PAND. TIT. II.

de

COMMODO SERVITVTIS PERPETVARIAE PRAE TEMPORARIA IN REPVBLICA.

Auctore BALTHASAR. OTTONE FLESCHE, *Stargardiensi.*

Habita anno clɔ Iɔ ccxxx. p. 506.

f 2 XXII.

EXERCITATIO LIV.

Ad Lib. XIX. Pand. Tit. III.

de

TRANSLATIONE DOMINII IN CONTRACTV AESTIMATORIO.

Respond. DANIEL RAVE, *Havelbergensi.*

Habita anno CIↃ IↃ CCIII. p 558.

EXERCITATIO LV.

Ad Libr. XIX. Pand. Tit. V.

de

ANNO DESERVITO SEV DE SALARIO PROMERITO.

Respond. IOANNE ADOLPHO DE LÜDEKE, *Guelpherbytano.*

Habita anno cIↄ Iↄ ccxv. p. 572.

XIII. 9) ex latiori beneficiorum interpretatione. XIV. 10) ex natura debiti annui, cuius dies cedit ab initio anni. XV. 11) ex fine ſalarii, quod pro dignitate et eruditione non pro opera præſtetur. XVI. 12) ex communi doctorum opinione XVII Contraria ſententia adſtruitur, XVIII 1) ex naturali ratione, XIX. 2) ex L. 14. et 16. §. 8. C. de erogat. milit. annon. XX. 3) ex L. 10. pr. D. de ann. l gat. XXI 4) quod contrarium iure ſpeciali in nonnullis caſibus tantum cautum ſit. XXII 5) ex L. 7. D. ſolut. matrim. XXIII. 6) quod officio extincto ſalarium non amplius debeatur. XXIV. Conſenſus Vſus forenſis, XXV. et iuris prouincialis Saxonici. XXVI. Sententia L. 1 §. 15. de extraord. cognit. expenditur. XXVII. Ius aduocatorum fiſci in L. 15. C de aduoc. diu. iud. ius ſingulare conſtituit. XXVIII. L. 4. D. de off. Aſſeſſ. explicatur. XXIX. L. 3. C. de agent. in reb. magis ad tuendam ſententiam facit. XXX. L. 1. C de primipil. priuilegium primipilatus tradit. XXXI. Simile priuilegium eſt in L. 11. C. de Prox. ſacror. ſcrin. et in L. vlt. C. de domeſtic. XXXII Legati et annui ſalarii differentia XXXIII. Quatenus ſalarium ex beneficii indole æſtimari poſſit? XXXIV. Ab annuo legato ad ſalarium inidoneum ducitur argumentum, XXXV. æque ac a penſionibus. XXXVI. De vi communis Doctorum opinionis. XXXVII. De termino computandi annui ſalarii. Non ducendus a tempore vocationis, XXXVIII. ſed a die acquiſiti et ſuſcepti muneris. XXXIX. De termino ad quem anni deſeruiti.

Cap. III.
de
Anno deſeruito eccleſiaſtico.

I II. Quæſtio de dominio fructuum ex bonis eccleſiaſticis perceptorum. III. Clericis tribuitur ex iure Canonico et eccleſiaſtico IV. V. Sententia Doctorum, qui illis vſumfructum vel vſum redituum eccleſiaſticorum aſſerunt. VI. Eius confutatio. VII. *Non omnes fructus ciuiles ad annum deſeruitum ſimpliciter pertinent. VIII. IX. Notatur opinio eorum, qui in fructibus beneficiorum ſimplicium et non ſimplicium diſcrimen ſtatuunt.* X. *Sententia eorum, qui, clerico poſt anni initium defuncto, totius anni fructus ad deſeruitum referunt.* XI. *Hæc in nonnullis capitulis et ordinationibus eccleſiaſticis approbata Origo termini critici in anno deſeruito.* XII. *Qualis in nonnullis locis eſt dies Margarethæ:* XIII. *Alibi dies Iacobi:* XIV. *alibi dies Matthiæ, vel Michaelis* XV. *Annus plene deſeruitus non cenſetur, niſi peracta reſidentia* XVI. *Reſidentia remiſſa annus pro deſeruito habetur.* XVII. *Deficiente ſtatuto fructus annui pro rata temporis vltimi anni cedunt.* XVIII, *Diuerſitas ſtatutorum in determ-*

Respond. et Auctore Illustrissimo PHILIPPO ADOLPHO L. B. de MÜNCHHAVSEN.

Habita anno clↄ Iↄ ccxvi. p. 738.

EXERCITATIO LIX.
Ad Lib. XX. Pand. Tit. II.
de
HYPOTHECA FEVDALI EXPRESSA.

Resp. IOANNE HENRICO GOLL, *Stuttgard. Würtemberg.*
Habita anno cIↃ IↃ CCXVIII. pag. 680

Cap. I.
de
Legitima Hypothecæ feudalis expressæ constitutione.

I. Tractandi ratio. II. Adstricta vasalli de feudo disponendi facultas. Negata eidem pignoris in feudo constitutio. III. In feudis priuatis propriis hypotheca constitui nequit; in fructibus feudi potest. VI. Valet hypotheca accedente domini consensu. V Consensum specificum esse oportet. Nuda confirmatio domini non sufficit. VI. Consensus expressus interueniat, an ratihabitio, perinde est. An tacitus consensus ex silentio domini sufficienter colligatur? VII. Consensus domini in hypothecam ipsam sit directus; VIII. nec minus liber sit. IX. Dominus consentiens liberam habeat de feudo disponendi facultatem. Non sufficit Domini territorialis consensus, vel domini directi minoris, Prælati, vel feminæ. X An procuratoris, vicariorum Imp. Prodomini, Præpositi, Præfecti prouinciæ consensus sufficiat? XI. Domini immediati consensus adhibendus. XII Consensus domini vtrum a creditore an a debitore sit impetrandus, variæ Doctorum opiniones. XIII. An iure communi et saxonico diuersum quid obtineat? Hypotheca sub conditione consensus domini constituta, consensum domini a creditore impetrari sufficit. XIV. Nec minus hypotheca, a solo vasallo constituta, consensu domini, a creditore requisito, vim consequitur. XV. Hypotheca feudalis a solo Domino creditori vasalli absque huius consensu constituta, intuitu Domini efficax est. XV. Obiectionum confutatio. XVII. De consensu domini absoluto, et ad tempus adstricto, et de huius prorogatione. XVIII. De consensu agnatorum in hypothecam in feudo antiquo. XIX. Liberorum consensus in eam iure Longobardico non desideratur: XX. Iure Germanico desideratur intuitu bonorum auitorum.

Cap. II.
de
Effectibus hypothecæ feudalis expressæ.

I. Ratio tractandorum. II. Ex hypotheca, Domini et agnatorum consensu munita, actio realis aduersus Dominum et agnatos nascitur. Pistoris obiectiones confutantur. III. Solutio debiti exinde non est in obligatione eorum, sed in

sa-

EXERCITATIO LX.

Ad Lib. XX. Pand. Tit. IV.

DE PRAEROGATIVA HYPOTHECARVM PVBLICARVM.

Respond. CHRISTOPHORO WILHELMO POHLMANNO *Halensi.*

Habita anno cIɔ Iɔccxxxxiv. p. 938

EX-

EXERCITATIO XLIV.
AD LIB. XII. PAND. TIT. I.
DE
NOMINIBVS ECCLESIASTICIS
CAP. I.
DE IVRE NOMINVM AB ECCLESIA FACTORVM.

ARGVMENTVM.

§. I. Argumenti vtilitas. II. Vnde debita veteribus nomina appellentur? III. Creditum et debitum ita appellatur. IV. Clericorum nomina ex abusu ecclesiastica dicta. V. Ecclesiastica nomina inter protestantes sunt nomina vniuersitatis. VI. In latiori significatu ad nomina piorum corporum referuntur. VII. Spuria fundamenta iurium eis tributorum. VIII. IX. Ex quibus obligationibus nascantur nomina ecclesiastica? X. Vel ab ecclesia, XI. vel ab administratoribus contrahuntur. XII. Horum obli-

obligatio ad pecunias ecclesiasticas fænori exponendas, XIII. et intuitu periculi nominum. XIV. An eis tuto solui possit? XV. Nomina ecclesiastica secundum iura loci contrahenda sunt. XVI. Eis vulgo iura fisci tribuuntur. XVII. Conclusiones inde deductæ. XVIII. Argumentum a iure fisci deductum reprobatur. XIX. Eisdem negatur hypotheca tacita: XX. quæ nec in bonis, qui ecclesiam læsit buic competit, XXI. nec in bonis beneficiatorum pro eius reparatione. XXII. Intuitu decimarum ex bonis præstandarum competit. XXIII. Mutua, ab ecclesia contracta, secundum ius commune priuilegio non gaudent, XXIV. bene tamen secundum iura prouincialia. XXV. An ecclesiæ in bonis administratorum tacita hypotheca conpetat? XXVI. De iure pecuniæ ecclesiasticæ, quam administrator suo nomine mutuo dedit. XXVII. XXVIII. Iura singularia nominibus ecclesiasticis a DD. tributa, sub examen vocantur. XXIX. An eorum vsuræ vltra alterum tantum currant? an in illis, mora ex re contrahatur? XXX. De iure vsurarum, ex illis debitarum, in concursu secundum ius Sax. XXXI. præsertim vbi causa pia cum æque pia concurrit.

§. I.

Thematis huius vtilitas commendatur.

Nihil noui te hic offensurum esse credis, qui perfunctorie thematis titulum legis, quin quotidiana, trita, et vbiuis obuia, hic adductum iri, persuasissimum habes. De debitis, nominibus, obligationibus, tot vastis-

vastissima occurrunt volumina, vt non necesse sit in disputatione, arctis inclusa limitibus, eandem doctrinam regustare et recoquere. Hæc tamen tanti mihi visa non sunt, vt thema hoc spernerem, repudiaremue; sæpe *vulgatissima* tot erroribus vel dubiis implicata sunt, vt expediat, illa sub incudem reuocare: imo quæ *quotidiana* sunt, eo magis sunt excutienda, ne iis similes reddamur, qui illa, quæ domi nascuntur, despectui habent, alienis tantummodi intenti, quæ tantum vel delectant, vel vsum exiguum habent, a foro longe alienissima. Inprimis autem hoc argumentum dignum visum fuit, quod dissertatione publica explicaretur, quia scopulis refertissimum, et incertis interpretum opinionibus circumseptum est, vt felices progressus in eo facere nemo possit, nisi præiudicia ex iure pontificio hausta, manifestentur, et vera a falsis sollicite separentur, quod ea, qua par est, ingenuitate mentis et breuitate expediam.

Nominis appellatio quo sensu debitis applicata.

§. II. Agendum ergo est *de nominibus ecclesiasticis*, id quod duplici modo intelligi potest, vel quatenus ecclesiæ ex quocunque contractu debetur, vel quatenus hæc aliis debet. Debita hæc veteribus *nomina* dicta fuere, quod debitor *nomen* suum tabulis solemniter confectis inscriberet. *Tabulæ debitorum*, ait ASCON. *in Cicer. p. 77. nomina dicuntur, præsertim in iis debitis, in quibus hominum nomina scripta sunt, quibus pecuniæ commodatæ sunt.* Neque vero tantum in mutuo, sed et aliis in debendi causis hic ritus vsitatus erat, vt docet CICERO *Lib. IV. ad Atticum epist. ult.* scribens: *hæc pactio non verbis sed nominibus et præscriptionibus multorum tabulis cum facta esse diceretur.* Idem *L. III. de offic.* adfert exemplum *venditionis*, vbi nomina solemnia adhibita, aitque: *nomina fecit, negotium conficit.* Vt *stipulationis* in variis negotiis ita et *nominum* vsus fuit, quæ duo non raro in iu-

re coniunguntur. *l. 1. D. de ann. leg.* Solemnia plura, æque vt in ſtipulatione, hic neceſſaria erant, quæ accurate tradit DION. GOTHOFREDVS *in not. ad cit. l. 1. lit. d.* Poſtea tamen vſu communi, qui verborum artifex et director eſt, inualuit, vt *quæuis debita* nominum appellationem acciperent.

Prædicatur nominis appellatio de iure creditoris.

§. III. Prædicatur partim de iure *creditoris*, partim de *debitoris obligatione.* Priori caſu, ea adpellatione omne id, quod ex quacunque obligatione licita peti poteſt, continetur. Ait ICtus *in l. 6. D. de V. S. nominis et rei appellatio ad omnem contractum et obligationem pertinet:* item *ſi nomen quis legauerit, id quod in actionibus eſt, legatum intelligitur. l. 49. de leg. 3* Porro *ſi nomen legetur, benigne id, quod debetur, accipiendum eſt, vt actiones aduerſus debitorem cedantur. l. 44. §. 6. de leg. 1.* Hoc intuitu quoque creditor *nomina facere vel contrahere* dicitur, quo ius eius, quod ex obligatione debitoris habet, denotatur. *Nomina facturi,* ait SENECA *Lib. I. de benefic. c. 1. diligenter in patrimonium et vaſa debitoris inquirimus.* Tutor dicitur, *ex re pupilli nomina feciſſe vel contraxiſſe, l. 52. pr. de pecul. l. 16 de administrat. et pericul. tutor. l. 39. §. 14. eod. l. 24. de vſu et vſufr. legat.* et præterea aliis variis appellationibus ius creditoris demonſtratur, veluti dum dicuntur: *nomina proſequi l. 5. de pecul. leg.* nominum *executionem facere l. 34. de adminiſt. et per. tutor. nomina cedere, diuidere, vendere, delegare, expungere, agnoſcere, probare, totam fortunam in nominibus habere, l. 40. §. 8. de ſtatu liber.*

Per abuſum nomina eccleſiaſt. cenſentur nomina clericorum.

§. IV. Verum non de quibuſuis, ſed de *eccleſiaſticis* nominibus hic tantum agitur, ſiue quæ *eccleſia* fecit. Equidem quid nomine *eccleſiæ* veniat, alias ſatis notum expeditum-

tumque est. Olim *vniuerſitatem fidelium* denotabat, et ita *nomina eccleſiaſtica* ſunt *nomina vniuerſitatis*, de quibus valet aſſertum ICti *in l. 7. §. 1. quod cuiuſcunque vniuerſit. nom. ſi quid vniuerſitati debetur, ſingulis non debetur, nec quod debet vniuerſitas, ſinguli debent.* Deſtinata erant olim generatim bona eccleſiaſtica *ad vſus pauperum*, adeo vt clerici non alio quam *indigentiæ* titulo inde alerentur; inde *patrimonium pauperum* et *IESV CHRISTI* dicta fuere. Hanc appellationem retinuerunt, etiamſi ex poſtfacto *patrimonium pauperum* eſſe deſierunt *c. 34 de elect. in 6. c. 16. X. de præbend. et dignit. c. 1. et 2. c. 12. q. 2. l. 126. C. de S S. Eccl.* Sicuti vero bona eccleſiaſtica poſtea facta ſunt *bona clericorum*, qua talium, ita quoque *nomina eccleſiaſtica* iure pontificio ſunt, *quæ ad vniuerſitatem clericorum, qua talium, ſpectant.* Ex deprauato ſenſu enim *eccleſia* eſt *in clero* conſtituta, vt hic eccleſiam conſtituat atque repræſentet, vt Imperans rempublicam. Ita FLODOARDVS *Lib. II. Hiſt. Remenſ. c. 5.* cenſet et, *notum eſt*, ait, *vt, ſicut Sacerdos habet, quod eccleſiæ dimiſſum eſt, et eccleſia habeat, quod relinquitur Sacerdoti.* Idem ingenue fatetur GALESIVS *ad c. 1. de reſtit. in integr. in 6. n. 57.* aitque, eccleſiam læſam dici, quando *clerici* in reditibus eccleſiaſticis læſi ſunt, adeoque in effectu clericos reſtitui. Et cui ignotum eſt, interpretes Iuris Canonici pleroſque, quando *de dominio bonorum eccleſiaſticorum* diſputant contenduntque, illud vel *Papæ* vel in genere clericis attribuere, vtut nonnulli paulo ſaniores eſſe videantur. vid. vid. SARMIENTO *de redit. eccleſ. P. I. c. 1. n 14. in fin.* GONZALEZ *ad c. 2. X. de reb. eccleſiaſt. non alien. n. 2. in fin.* quæ omnia docent, ſi ex communi Canoniſtarum ſententia eſſet ſtatuendum, *nomina eccleſiaſtica* nihil aliud eſſe quam *nomina clericorum.*

Inter protestantes potius sunt nomina vniuersitatis.

§. V. Puriorem sine dubio conceptum Protestantes tribuunt *ecclesiæ*, nec eam *in ordine clericali*, sed *in vniuersitate Christianorum ad eamdem confessionem se adstringentium*, quærunt, adeoque illis nomina ecclesiastica sunt, quæ sunt in *patrimonio vniuersitatis alicuius ecclesiasticæ*, et sic sub dispositione administratorum, quorum periculo quoque sunt. Neque enim illorum reditus semper *Ministris* illius ecclesiæ debentur: ad varia alia onera, ad quæ subeunda alias ecclesia obligata foret, destinati sunt, et sic toti vniuersitati *per indirectum* prosunt, quod hæc alias talia onera ferre deberet. Vnde quoque toti vniuersitati interest, hæc bene collocari, ne male contracta pereant.

Vox ecclesiæ tamen latius patet et sic quoque nominum ecclesiasticorum appellatio.

§. VI. Sed latius quoque vox *ecclesiæ* serpit, nec in *vniuersitatis*, de qua diximus, conceptu subsistit. Iam olim tempore IVSTINIANI iura ecclesiis data communicata erant cum *domibus religiosis*, vti vocantur, h. e. *Xenodochiis*, *ptochotrophiis*, *orphanotrophiis*, *monasteriis masculorum et virginium*, *brephotrophiis*, *gerontocomiis et nosocomiis*, iuxta *l. 23. pr. C. de SS. Eccles.*] Hæc instituta generatim *pia* vocantur, cum eumdem olim scopum cum *ecclesiis* haberent, et in vniuersum curam pauperum gererent, et ita iura communia acciperent. Proinde dubium non est, quin quæuis iura, quæ *nominibus ecclesiasticis* vulgo tribuuntur, etiam ad *pia quæuis corpora* applicari possint, cum pari cum ecclesiis iure fruantur, modo caueamus, ne *spurias species*, more quorundam interpretum, huc referamus, quas a *veris* et *genuinis* non solicite TIRAQVELLVS *de priuileg. causarum piarum* distinguit, et promiscue quoque congerit MANZIVS *in special. in iur. commun. voce pia causa.* Neque enim causa *dotis*, *alimentorum*, *libertatis*, *exstructionis monumenti*, et *eius quod legatur meretrici*

trici, vt ad frugem redeat, *piis cauſis* adnumerari debet, vt-ut plerique eas ſpecies quoque genuinis inepte adiungant. Rectius huc referuntur *ergaſteria* ſeu ſceleratorum, qui in Republica quietem pacemque turbant, purgatoria, valetudinariorum et morbo animi laborantium receptacula, Invaliden-Häuſer, ſcholæ, academiæ &c. Denique hoc addo, ipſam *eccleſiæ* appellationem variis inſtitutis applicari, adeoque ſub appellatione *bonorum eccleſiaſticorum*, iura, reditus, penſiones, et ſic quoque *nomina* eorum inſtitutorum, comprehendi. Catalogum horum bonorum ſiſtit *pax Oſnabrugenſis art. V. §. 14.* et *25.* vt ſunt *Archi Epiſcopatus*, *Epiſcopatus*, *prælaturæ*, *Abbatiæ*, *Baliuiæ*, *præpoſituræ*, *commendæ*, *liberæ fundationes ſeculares*, *capitula*, *monaſteria*, *collegia*, *templa*, *fundationes aliæ*, *Scholæ*, *Hoſpitalia*, *ſodalitia varia etc.* quæ ſpecies nec inter Proteſtantes reſpectum *eccleſiaſticum* amiſerunt, ſi exceperis, quæ ſæcularem adſumſerunt qualitatem, et priſtina hoc modo priuilegia amiſere.

Fundamenta ſpuria, ex quibus nominibus eccleſiaſt. iura ſingularia tribuunt.

§. VII. Ceterum *nomina eccleſiaſtica* ſeu quæ ex contractibus variis eccleſiæ debentur, plura cum *aliis nominibus* iura habent communia, quæ haud tangam. Singularia tantum enarrabo et examinabo iura, quæ magno quidem cumulo, ſed ſine ſufficienti ratione, a Dd. adferri ſolent. Nec hoc mirandum, cum generatim adſtruant axioma: cauſas eccleſiaſticas eſſe fauorabiles, ſummam eſſe rationem, quæ pro religione facit, adeoqve vbique eccleſiis & piis cauſis eſſe fauendum. Ita cenſet TVSCHIVS *lit. A, concl. 333. lit. P. concl. 337. & lit. R. concl. 134.* additque has lepidas rationes, quod quæ *Spiritu DEI reguntur*, *non ſint ſub lege*, *quod ſumma ratio ſit*, *quæ pro anima facit.* Inde infert, in dubio ſemper pro pia cauſa iudicandum, & quando

do sumus in diuersis opinionibus, illam praeualere, quae fauet piae causae, plus piae causae fauendum esse quam filiis, in iis quae liberis sunt debita a parentibus; fauorem libertatis, fisci, dotisque etiam pertinere ad pias causas, quarum fauor adhuc maior est. Magis lepide, ne quid grauius dicam, philosophatur PAVLVS DE CASTR. *in l. sancimus 22. C. de SS. eccl.* tradens hanc regulam: *perpetuo mente tenendum*, *vt quando allegatur contra te aliqua lex*, *quae loquitur in ecclesia*, *si non occurrit aliqua congrua responsio*, *possit dicere*, *quod sit speciale in ecclesia.* Sed rarius allegantur leges, vt plurimum somnia, tradita & opiniones interpretum adferuntur, quae vnice hac sola ratione firmantur, *quod speciale sit in ecclesia*, quod vtilitas ecclesiae h. e. cleri, *sit suprema lex ecclesiastica*, adeoque in eius commodum a regulis iuris recedendum.

Fundamenta genuina in hac doctrina obseruanda.

§. VIII. Haec sententia monstra opinionum peperit in *caussis ecclesiasticis* & sic etiam in *nominibus ecclesiasticis*, quos scopulos vt euitemus, haec paucis fundamenta praemittenda esse censui. Habent ecclesiae & pia corpora, sicuti aliae vniversitates, sua priuilegia, quae *fauores* in iure nonnunquam vocantur *l. 42. D. de admin. & peric. Tut. l. 74. de iure dot.* Hinc libertas omnibus rebus *fauorabilior* esse dicitur in *l. 122. D. de R. J.* quia priuilegia ecclesiis & piis caussis data, optima & plura sunt, ecclesiae *omnibus rebus fauorabiliores* dici possunt, adeoque quae in iure in genere de *caussis fauorabilibus* asseruntur, suo modo ad ecclesiastica negotia & nomina adplicari possunt. Huc pertinet, quod fauor earum *benigniores sententias exposcat*, *&* *suadeat*, *l. 32. §. vlt. ad l. Falcid. l. 17. §. 3. D. de manum. testam. l. 14. de legat. 2. l. 24. §. 10. de fideic. libert.* hoc est, quod quoties *dubia* interpretatio *voluntatis* vel *dispositionis* occurrit, illa arripi debe-

at

at, quæ magis fauet eccleſiis et piis cauſis, ſicuti idem obtinet in libertate: talem enim interpretationem *diſpoſitionum humanarum* expoſcit fauor rei: ſimiliter *fauore eccleſiarum* multa ſingularia in iure conſtituta, ſicuti fauor libertatis multa ſpecialia iura produxit. Aſt fauor hic non eo debet extendi, vt *noua iura ſpecialia* fingere, et vbique *extenſiones* a *regula* formare neceſſe vel permiſſum ſit, quoties in iure tale priuilegium deficit. Iura ſingularia ſua natura ſunt *exceptiones a regula*: huic autem tamdiu inſiſtendum, donec exceptio ex iure probata fuerit, quæ colligi minime poteſt ex *ſolo rei fauore*, quippe qui oſtendit, tale ius *conſtitui potuiſſe*, non autem *conſtitutum eſſe*, quod poſterius probandum. Præterea iura ſingularia ſunt *ſtrictæ interpretationis*, non admittentia *interpretationem extenſiuam l. 14. D. de LL.* Quomodo ergo cauſis et ſpeciatim *nominibus eccleſiaſticis* dari poteſt priuilegium, de quo leges ſilent? Vnde reprobanda ſunt argumenta, quæ ducuntur a priuilegiis *fiſci*, *militiæ*, *libertatis*, *dotis*, *alimentorum* ad pias cauſas, et nomina eccleſiaſtica, niſi quatenus per leges hæc ſpeciatim illis communicata ſunt. Denique illud quoque non negligendum, rationes Doctorum, qui iura ſingularia nominibus eccleſiaſticis attribuunt, eſſe ponderandas, quæ ſæpe ex peruerſo conceptu eccleſiæ fluunt, et quamuis in foro pontificiorum, hiſce principiis innutritorum, applauſum forſan inueniant, in foris tamen noſtris haud ſunt tolerandæ, ſed potius illæ rationes tantum admittendæ, quæ *ſtatui eccleſiarum noſtrarum* congruunt. Quis admittet in foris noſtris, pecunias eccleſiaſticas eſſe patrimonium pauperum, vel IESV CHRISTI? quamuis ab hac ratione non abſtineat CARPZOV. *in Iuriſpr. Eccleſiaſt.* Quis aſſeret, eccleſiam eſſe Rempublicam et habere ius fiſci? Quis admittet, eccleſiaſtica nomina eſſe *nomina clerico-*

Eius iura ſpecialia lege certa inniti debent.

ricorum, pro *anima* conſtituta, legata, data? qua ratione tamen ſæpe vtuntur Canoniſtæ.

Vnde naſcuntur nomina eccleſiaſtica.

§. IX. Hiſce prælibatis, ad ipſorum nominum eccleſiaſticorum h. e. ab eccleſia contractorum iura deueniamus. Hæc naſcuntur variis ex titulis *inter viuos*, vel *vltimæ voluntatis*. Illuc pertinent *contractus*, *quaſi contractus* aliaue *pacta*, tam *oneroſa*, quam *gratuita*, ſeu *lucratiua*; ideoque etiam nomina, quæ titulo *donationis* in eccleſiam conferuntur, huc ſuo modo pertinent, quatenus certam quantitatem pro ſcopo habent. Talia enim debita primario ad noſtrum ſcopum ſpectant. Huc vero pertinent legata nominis vel m. c. donata eccleſiis, quæ tamen communia legatorum ad pias cauſas priuilegia habent.

Contrahuntur nomina vel ab ipſa eccleſia,

§. X. Nomina ipſa contrahuntur vel ab *eccleſia* ipſa, vel *per alios*. Prius contingit, quando hi repræſentant eccleſiam eiusque faciem et perſonam gerunt, nomen ex quacunque cauſa oneroſa contrahunt, ſiue pecuniam elocando fœnori, ſiue locando prædia eccleſiaſtica, et mercedem certam ſtipulando &c. Habent eccleſiæ plures talia collegia, ad exemplum *Presbyterorum*, in primitiua eccleſia exiſtentium, quos laicos vocare ſolent, quoniam non docebant, ſed alias cœtui præerant *1. Timoth. V, 17*. In Belgio potiſſimum aliisque eccleſiis reformatis huiusmodi *presbyteria* deprehenduntur, a *miniſterio* diuerſa, quæ quidquid faciunt, *eccleſia* feciſſe intelligitur. Non eadem eſt ratio *paſtorum* et *miniſtrorum eccleſiæ*, quæ *eccleſiam* apud nos non conſtituunt, vti apud pontificios, adeoque eorum non eſt factum eccleſiæ. Diuerſa forſan eſt ratio *Prælatorum* et *Epiſcoporum*; hi iam a tempore CYPRIANI eccleſiam conſtituere dicti ſunt, quod dogma per ſecula ſequen-

ſequentia adeo propagatum eſt, vt inde Epiſcopi circa bona et pecunias eccleſiaſticas liberrimam ac inſtar dominorum diſpoſitionem acceperint, et praeterea *ius omne circa ſacra* ad ſe traxerint. Cenſetur haec adminiſtratio pars *legis dioeceſanae*, quae inſtar *ſuperioritatis territorialis eccleſiaſticae* eſt, adeoque non mirandum, ſi nomina ab illis contracta, ab eccleſia contracta cenſeantur, quum ipſi ſecundum excellentiam vel potius per abuſum eccleſia dicantur, quamuis in cauſis *maioribus* et *arduis* ad conſenſum capituli hinc inde obſtricti ſint. Eadem facies rerum fere in terris Proteſtantium eſt, vt factum Praelati, praepoſitique, in rebus et negotiis eccleſiae habeatur pro facto eccleſiaſtico, niſi capitulationibus poteſtas eorum reſtricta ſit.

§. XI. Frequentius tamen eſt, vt nomina eccleſiaſtica ab aliis contrahuntur. Sunt eccleſiae, ceteraque pia corpora, *vniuerſitates*, quae aliorum praeſidio diriguntur, et ſuis adminiſtratoribus inſtructae ſunt. Praeter hos aliquando *particulares* ſunt *adminiſtratores*, quoad certa tantum nomina, veluti in teſtamento legata, conſtituti, quos *executores teſtamentarios* vocant, vel ſimpliciter die Teſtamentarien. Multum ſane refert, quis nomen fecerit, praeſertim quando de periculo eius quaeritur. Hoc ſatis prouide in multis *ordinationibus eccleſiaſticis* conſtitutum, vt adminiſtratori cuicunque non ſit facultas nomen contrahendi abſque praeſcitu Paſtorum vel etiam Patroni. Denique vbi *Patroni* pecuniarum eccleſiaſticarum diſpenſationem habent, vti multi in Marchia, nomina ab iis contracta, merito quoque eorum periculo ſunt, cum plus iuris in bona eccleſiaſtica, quam ceteri adminiſtratores, ſi exceperis Patronos nobiles immediatos Imperii, ſibi arrogare nequeant.

Vel ab adminiſtratoribus.

§. XII.

Administratores aerarii ecclesiastici foenori exponere iubentur pecunias ecclesiasticas.

§. XII. Quemadmodum vero ad officium tutoris pertinet, pecunias pupillares foenori exponere, adeo vt, si commodam occasionem nactus, id non fecerit, ipsemet ad vsuras, quas acquirere ab aliis omisit, condemnetur; *l. 7 §. 11. l. 13. §. 1. & l. 15. D. de adm. & peric. tut.* ita quoque administratores ecclesiae pecuniam ecclesiasticam otiosam relinquere non debent, adeoque ex *necessitate* illis incumbit, vt eiusmodi nomina contrahant. CARPZOV. *Lib. 2. Iurispr. Consist. def. 319.* Ita quod olim prohibitum et vetitum erat, apud nos in necessitatem est tractum. Olim clericis et ecclesiis vsuras accipere plane interdictum erat, quamuis sub his id, quod interest, nec annui reditus comprehenderentur. Sed postquam in recessibus imperii vsurae *iuris legitimi* effectum acceperunt, et praeterea ecclesiae pupillis in nonnullis exaequatae sunt, haec nominum contrahendorum necessitas administratoribus imposita est. Praeterea in eo praxeos hodiernae a primaeua disciplina ecclesiastica differentia est, quod secundum hanc pecuniae ecclesiasticae vnice vsibus pauperum adplicarentur, non vero, vt hodie fit, corraderentur, vt plura inde nomina lucrosa contrahi possent. Iamdiu enim desierunt esse *patrimonium pauperum*, adeo vt vix integrum administratoribus sit, pauperibus, auxilio ecclesiae egentibus, *gratis* elocare pecuniam.

De huius aequitate quaeritur.

Equidem CARPZOVIUS *l. c.* praxin hodiernam inde legitimat, 1) quod ordinationes ecclesiasticae id iubeant: 2) quod curatores aerarii ecclesiastici tutoribus et curatoribus aequiparentur, et ecclesia horum iure gaudeat. Iam autem constat, tutores hodie contra *Nou. 72. c. 6.* pecunias pupillares foenori exponere debere: 3) quod ecclesia vsuras non vt tales, sed vt interesse, accipiat, quod longe fauorabilius vsuris censetur, ex doctrina PANORMITANI, aliorumque canonistarum. Priores duas rationes admitto; sed vt

ad

ad tertiam recurratur, non est necesse, quam pontificii cum in finem tantum excogitarunt, vt vsuras suas legitimare possent. Magnum vtique est discrimen inter id, *quod interest*, et *vsuras*, ipso fatente CARPZOVIO *L. 4. Resp. 50. n. 2. seqq.* nec hæ in nominibus ecclesiasticis aliam induunt faciem, ac quidem in *nominibus aliorum hominum;* immo nec necesse est ad hoc subterfugium recurrere, postquam satis euictum et conclamatum est, vsuras per se iuri diuino non aduersari, vt plenius ostendunt GERHARDVS NOODT *de fænore et vsur. Lib. I.* et PETRVS HEIGIVS *Lib. II. quæst. 1.* Nec hæc obseruatio caret vtilitate, cum iura eius, quod interest, ab *vsurarum* iuribus longe diuersa sint. Postquam ergo hodie facies rerum ecclesiasticarum mutata est, iura ecclesiastica hodierna quoque secundum hanc sunt accommodata.

Periculum nominum qua ratione incumbat curatoribus ærarii ecclesiastici?

§. XIII. Multum quoque prouidentiæ curatores adhibere debent circa conseruationem nominum ecclesiasticorum, exemplo tutorum, ad quorum periculum nomina, quæ ipsi contraxerunt, spectant. vid. RICHT. *de iure et priuil. creditor. cap. 4. Sect. 1. n 104. seq.* Quodsi negligentes in *exigendis nominibus* fuerunt, et debitores interim non soluendi facti sunt, eo nomine tenentur. Nec distinguendum hic esse arbitror, vtrum nomina ab *ipso administratore*, an vero ab eius *prædecessore* contracta fuerint? Quamuis enim tutor in nominibus a se contractis *culpam leuem*, in iis autem, quæ a patre facta sunt, *culpam* tantum *latam* præstare, et priori casu tutor probare debeat, se in culpa non fuisse, posteriore autem probatio culpæ latæ pupillo incumbat; *l. 2. et 7. C. de arbit. tutel.* BRVNNEMAN. *ad l. 18. C. de admin. tut.* hoc tamen discrimen hic adplicari nequit. Nomina, quæ ipse pater contraxit, *proprio nomine* fecit, et ita idoneum

 debi-

debitorem elegiſſe cenſetur, ideoque tutor excuſatur, ſi voluntati patris ſtetit. Aſt quæ nomina eccleſiaſtica a prædeceſſore adminiſtratore contracta ſunt, itidem *nomine adminiſtratorio* contracta ſunt, in quibus eadem præſumtio diligentiæ, vt in *patre*, non militat, cum plerique plus diligentiæ rebus propriis quam alienis adhibeant. Quæ cum ita ſint, generaliter concludo, indiſtincte curatorem ærarii eccleſiaſtici culpam leuem circa nomina, tam a ſe, quam a prædeceſſore contracta, præſtare, et ſimul probare debere, ſua culpa hæc non eſſe facta inidonea. Hunc unicum caſum excipiendum eſſe cenſeo, ſi non prædeceſſor eius, ſed ipſa eccleſia, vel qui eam repræſentant, nomen contraxerint, et deinceps curatori ærarii eccleſiaſtici curam huius nominis commiſerint, quo caſu diſtinctio antea adducta commode adplicari poteſt, vt præfectus ærarii vltra *culpam latam* non teneatur, et eccleſia ſimul probare debeat, eius culpa nomen interiiſſe. Habuit enim iuſtam credendi cauſam, nomen ſatis idonee ab eccleſia eſſe contractum.

Quatenus nomina a debitore tuto ſolui poſſint.

§. XIV. Cum ergo curatores nomina quoque exigere poſſint, non immerito dubitatur, an debitores etiam illis tuto ſoluere queant? Quid enim, ſi exactam pecuniam in proprios vſus conuerterint, et poſtea bonis ceſſerint, vt eccleſiæ periculum amittendi nomen immineat? Hoc ſane expeditum eſt, pupillos et minores contra talem ſolutionem in integrum reſtitui poſſe per *l. 1. C. ſi aduerſus ſolut. et tot. tit. C. ſi tutor. vel curat. interu.* et cum eccleſiæ quoque *beneficium reſtitutionis* habeant, et *iure minorum* fungantur, *cap. 1. et 3. X. de in integr. reſtit.* iis quoque hoc caſu reſtitutio denegari non poſſet. Vt ergo pleniſſima ſecuritas ſolutionem ſequatur, diſpoſuit Imperator in *§. 2. I. quibus al. licet vel non*, vt *iudicialis ſententia*, vel *decretum*, ſolutionem præcedat, quo

quo facto, debitor tutori secure soluit. Equidem alias decretum iudicis, *causae cognitione* interueniente, restitutionem non tollit, vt plenius euincit SIMONCELLVS *de decretis in contract. minorum adhibend. L. 3. Tit. 7. n. 8.* Sed hoc restringendum ad contractus, qui *libera voluntate* inter contrahentes celebrantur, in solutione autem nominis, debitorem excusat *praeceptum* ac *mandatum iudicis*, cui parere necessum habuit. BERLICH. *dec. 78. n. 5.* Proinde sola autoritas iudicis non sufficit, sed *praeceptum de soluendo* accedere debet. E contrario vero non necesse est, vt post *mandatum de soluendo*, debitor iudici contradicat, resistat, et iudex denuo, contradictione non obstante, ei solutionem iniungat, prout contendit BERLICH. *l. c. n. 3.* cum id nec verba nec ratio constitutionis Iustinianeae desiderent: licet enim adserat, debitorem, si non contradixerit mandato iudicis, non videri *coacte* soluisse, talis tamen irrationabilis coactio in legibus non supponitur, quin potius, qui mandato iudicis simpliciter parent, non *sponte*, sed quodammodo *coacte* id fecisse recte dicuntur. Haec omnia ad eos, qui curatoribus aerarii ecclesiastici secure soluere volunt, adplicanda sunt, quoniam aliter *restitutionem in integrum* contra factam solutionem euitare nequeunt, et sic necesse est, vt iudicis ecclesiastici *mandatum de soluendo* praecedat, cum huius cognitioni subiiciendum sit, vtrum solutio fieri debeat? Ceterum hoc decretum non est necessarium, 1) si debitor nomen soluat his, qui repraesentant ecclesiam, quia sic omnis restitutio cessat: 2) si soluenda sunt illa debita, quae *statis temporibus* debentur, vel alias absolutam praestandi necessitatem habent, vt sunt annui reditus, vsurae, pretia rerum venditarum, pensiones ex praediis ecclesiasticis locatis, in quibus lex statim solutionem vrget et iniungit.

§ XV.

An nomina ecclesiastica sint contrahenda secundum statuta loci?

§. XV. Variant vero iura singulorum locorum in contrahendis nominibus obseruanda, dum in plurimis locis singularia quædam requisita desiderantur, absque quibus vel plane nullum vel non plenum effectum habent. Sic in Saxonia alibique, in *constitutione hypothecæ rerum immobilium* pro securitate contracti nominis *confirmatio iudicialis* exigitur, qua deficiente, nec contra tertium possessorem valide agitur, nec in concursu creditorum, creditor inter hypothecarios collocatur. Inde quæstio emergit, vtrum nomina ecclesiastica præcise illa solemnia quoque desiderent, quæ secundum statuta loci contractibus celebrandis sunt præscripta? Negant hoc vno ore pontificii, obseruantibus TVSCHIO *Litt. F. conclus. 87. n. 1.* et MANZIO *in Special. iur. comm. Voce: pia causa n. 8.* quod eo minus mirandum, cum etiam clericos ab his solemnibus statutorum laicorum liberent. Vid. FRANCISCVS NIGER CYRIACVS *in controuersia forensi 140:* ALEXANDER *Vol. 2. cons. 211. n. 5.* Rationes has proletarias adducunt, 1) quod nulla sit secularis potestatis iurisdictio in ecclesiam et clericos, adeoque lege sua illos stringere nequeant: 2) quod ita iudices ecclesiastici cogerentur iudicare secundum leges seculares, cum potius 3) ecclesiarum causæ ex iure canonico sint decidendæ. Equidem hæ rationes Protestantes non stringunt, inter quos conclamatum est, ecclesiam, vt corpus aliquod, esse in et sub republica, et sic in negotiis secularibus ceterorum ciuium communibus stringi, nisi speciatim excepta fuerit. Quum vero in contractibus rarissime excepta inueniatur, nec nomina, ab ea contracta, plenum effectum aliter sortiri queant, quam si iuxta *leges prouinciales* facta fuerint: diuersum forsan esset dicendum, si tantum in *statuto oppidano* illius loci, vbi ecclesia est, ius quoddam peculiare contrahendis nominibus esset præscriptum, quod vel ideo

ideo non stringeret ecclesiam, quia magistratui oppidano non subest, sed legibus Principis prouincialibus. KLOCK. *de contribut. c. 12. n. 99.* LYNCKER. *de statut. ciuit. prou. §. 16. p. 46.*

§. XVI. Ante omnia vero de priuilegiis, quæ vulgo *nominibus ecclesiasticis* tribui solent, dispiciendum est. Inter hæc primum est, quod *prioritatem et priuilegia fisci* habere credantur, ex ea ratione, quod ecclesia pari et æquali iure cum fisco gaudeat, ita vt omnia priuilegia, quæ fisco competunt, ecclesiæ quoque competant, et ab illis recte argumentum trahatur. vid. SCHVLTES. *in addit. ad Modest. Pist. P. 3. quæst. 129. n. 11.* MEV. *P. 5. dec. 319. n. 5.* TVSCHIVS *lit. F. concl. 395.* MANZIVS *cit. tract. voce: Pia causa n. 55.* ANTONIVS FABER *in Cod. L. 1. Tit. 9. def. 20. n. 20.* OLDENDORP. *de iure singulari sub rubrica de priuil. piæ caus. priuil. 17. et 28.* RICHT. *de priuil. Cred. c. 2. membr. 5. n. 50.* Ratio primaria a pontificiis, quos nostrates incaute sequuntur, ex *statu ecclesiæ* deducitur. In eo quippe conspirant omnes, ecclesiam peculiarem esse rempubl. a seculari distinctam, immo eadem superiorem, et consequenter eam habere fiscum, confiscationem, familiam armatam, et territorium, vt ait TVSCHIVS *lit. E. concl. 8. n. 7.* Hoc supposito, ærarium ecclesiasticum ad instar *fisci* esse videtur, eique iura fisci communicanda sunt. Et quamuis hæc ratio non ad ærarium quarumcunque ecclesiarum, sed *cathedralium* tantum, in quibus episcopus residet, pertinere videatur, tamen pro his etiam alia in promtu est, quod ecclesiæ adhuc sint fauorabiliores ipso fisco, et sic merito eius iuribus frui debeant.

Nominibus ecclesiasticis vulgo tribuunt priuilegia fisci.

§. XVII. Inde concludunt, 1.) tametsi alias creditor, qui agit hypothecaria contra donatarium, probare debeat, rem sibi

Conclusiones plures inde tradi solent.

sibi prius fuisse obligatam, quam aduersario donatam, quia alias hypothecam habere non potest; in *nominibus* tamen *ecclesiasticis* donatarium probare debere, prius factam fuisse donationem, quam hypothecam pro nomine ecclesiastico constitutam, idque ideo, quod in *l. 1. C. de iure fisci* idem in fisco constitutum sit, vid. MANZ. *cit. tr. voc. Pia causa n. 55.* Similiter 2.) si reperiuntur duo instrumenta, eodem die confecta, nec constat, quodnam illorum sit prius, quod posterius? præsumendum tamen esse, instrumentum, factum in fauorem piæ causæ, fuisse prius confectum, vt ius nominis ecclesiastici præferendum sit, per *cit. leg. 1.* ideo, quod pia causa et fiscus æquiparentur, vid. TIRAQVELLVS *piar. caus. priu. 126.* 3.) Vti fiscus in bonis omnium illorum, cum quibus contraxit, hypothecam tacitam habet, *l. 2. C. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contrahitur*, ita et similiter hypothecam ecclesiæ, et piæ causæ in debitorum et illorum, quibuscum contraxit, bonis dari censent. TIRAQVELL. *cit. tr. priu. 149. et 143.* Dn. HORN. *Class. XI. Resp. 30.* quo supposito, etiam *ius prioritatis* ecclesiæ non denegandum iis in casibus, in quibus fiscus habet. 4.) Licet vel maxime quis habeat anteriorem hypothecam generalem, in bonis præsentibus et futuris, in bonis tamen post contractum quæsitis, ecclesiam præferendam esse exemplo fisci, cum argumentum hoc a fisco ad ecclesiam frequentissimum sit, et in omnibus procedat, nisi in iure contrarium reperiatur expressum. TIRAQVELL. *cit. l. priu. 143.*

Argumentum a fisco ad nomina ecclesiastica reprobatur.

§. XVIII. Verum tædet congerere plures conclusiones, quæ ex hoc fonte putido fluunt. Iam animaduertit CASPAR. KLOK. *tom. 2. cons. 40. n. 176.* æquiparationem fisci cum ecclesia nulla lege tam præcise factam esse, vt omnia, quæ fisco

fco tributa funt, ecclefiæ adfcripta intelligantur, fed ex Doctorum opinionibus proficifci, qui legis condendæ poteftatem non habent, et in prædicandis, vt ait, ecclefiæ prærogatiuis fæpe immodici fuerunt. Pergit vero recte; *quemadmodum etiam plerunque infigni amphibologia vfi et nonnunquam decepti funt, dum ea, quæ de fauore ecclefiæ, quatenus proprie cœtum fidelium et membra Chrifti fignificant, recte dici poffunt, ad particulares, vt vocant, ecclefias, immo ad bona earundem mere fecularia adaptarunt, nobis vero certum fit, ecclefiam vti iure communi, nifi fpecialiter reperiatur priuilegiata, ab eo, qui poteftatem habet priuilegia conferendi: ita tacitam hypothecam non induci, nifi in cafibus a lege expreffis. Quin et Tiraquellus, qui ex profeffo congeffit priuilegia piæ caufæ, nullam huius priuilegii mentionem facit, et fine legum difpofitione vel Doctorum decifione non facile aduerfandum quidpiam.* Inde porro *n. 179. exfibilandam effe Beutherum* exiftimat, qui ecclefiam generaliter omnibus creditoribus præfert, ineptiffimo argumento a pupillis et minoribus ducto, cum tamen neque pupillus neque minor ratione pecuniæ fuæ, aliis mutuo datæ, priuilegium habeat, vid. HARTM. PIST. *obferv. 68.*

Reiiciuntur fundamenta diffentientium, quibus hypothecam tacitam adfcribunt nominibus ecclefiafticis.

§. XIX. Omni præterea robore deftituuntur diffentientium argumenta: quæ in vno vel altero comparantur, non ftatim prorfus funt eadem iisdemque fruuntur iuribus, contra quam regulam tamen interpretes fæpiffime peccant. Immo ne quidem æquiparatio fifci cum ecclefia in illis deprehenditur textibus, qui hunc in finem allegari folent. KLOCKIVS l. c. n. 176. prouocat ad *cap. 8. X. de in integ. reft.* quod hanc æquiparationem non habet, et inepte fifcus ecclefiis tribuitur. Sunt hæ ex fua indole *vniuerfitates* et *collegia æqualia*, in republica ita conftitutæ, minime vero *fpe-*

cies reipublicæ, adeoque nec fisci priuilegia sibi vindicare possunt. Nec pontificiorum doctrina supra adducta vniuersalis est, cum quod de fisco et territorio ecclesiastico adserunt, ad episcopos et prælatos, regimini ecclesiastico cum iure sacrorum præfectos, restringant, nec singulis capellis, ecclesiis parochialibus, aliisue piis corporibus fiscum tribuant, quemadmodum singulæ ciuitates, villæ et pagi aut alia sodalitia fisci iure non gaudent, ideo, quod princeps in republica illud sibi adserit. Proinde in terris Protestantium ab hoc argumento omnino abstinendum est, ni summam velimus committere absurditatem. Neque iis assentiendum est, qui ad lubricum *consuetudinis* et *obseruantiæ* fundamentum confugiunt, animaduertentes, se ad reiectum argumentum prouocare non posse. Id tamen nihilominus KOEPPEN. *dec. 48. n. 25.* animis credulorum insinuare voluisse videtur, aiens: *præterea quæ hactenus de prælatione fisci dicta sunt, eadem etiam ex generali consuetudine et obseruantia ad ecclesiæ, scholarum et xenodochiorum debita extenduntur, videmus enim quotidie prædictas et similes causas pias, in bonis debitorum, aliis creditoribus non secus ad fiscum præferri, quamuis iure communi dispositum expresse non reperiatur, prædictas causas pias in bonis debitorum hypothecam vel privilegium habere.* Facile liquet, autorem in ea fuisse opinatione. communem Doctorum sententiam, *consuetudinem* et *obseruantiam* facere, quæ tamen non aliunde, quam ab incongruo a fisco deducto argumento petenda est. Hæc obseruantia generalis hodie prorsus incognita est, vt ex tot iudicatis liquet, immo si vel maxime adesset, vim obligandi tamen ad instar *legis* non haberet, autore CELSO *in l. 39. de leg* hoc modo censente: *quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus*

Nec obseruantia contraria hic adduci potest.

milibus non obtinet. His tamen non obſtantibus, putat KOEPPENIVS, habere hanc obſeruantiam fuudamentum ex eo, quod prædictæ cauſæ piæ æquiparentur *primipilaribus cauſis.* Nouum prorſus et inſolitum fundamentum! in cerebro quorundam interpretum hoc natum eſſe video, quippe quod ius ciuile et canonicum ignorat, quamuis pro eius legitimatione prouocetur ad *l. 32. C. de Epiſcop. et Cler. et cap. 16. X. de iudic.* qui textus tamen prorſus de hac æquiparatione filent. Immo ſi vel maxime quoddam argumentum *a pari* ibidem deprehenderetur, id tamen vniuerſalem iurium æqualitatem non induceret, nec in iure ſingulari ad caſus ſimiles progreſſus fieri poſſet.

An ecclesia competat hypotheca tacita in bonis eius, qui violauit eam?

§. XX. Cum ergo plures animaduerterint, eccleſiæ et piis corporibus nec *hypothecam, tacitam* nec *prioritatem* generaliter adſcribi poſſe, ſpeciales quosdam adduxerunt caſus, in quibus ad minimum nominibus eccleſiaſticis *hypothecam tacitam* competere debere, perſuaſiſſimum habent. Primus eſt, ſi quis violauit eccleſiam, eique damnum intulit, quo caſu hæc ſine dubio ad eius reparationem aduerſus violatorem agere poteſt. Vid. PAVLVS CHRISTINAEVS *Vol. 1. dec. 70. n. 1. et Vol. 2. dec. 16. n. 1.* Id quidem nemo in dubium vocabit. Grauioribus expoſita eſt dubiis illorum traditio, qui in bonis illius, qui eccleſiam deſtruxit, violauit, diripuit, vel incendio deleuit, eccleſiæ non ſaltim *tacitam hypothecam*, ſed præterea *prælationis priuilegium* in tantum adiudicant, vt in concurſu, non tantum vxori, illata repetenti, ſed etiam fiſco præferri debeat, tum quod maior ſit habenda ratio et fauor piæ cauſæ, quam mulieris vel vllius priuati creditoris; tum quod in ambiguis pro eccleſia iudicandum ſit; tum quod omni iure diuino et huma-

no violata ecclesia impensis violatoris reconciliari debeat; tum denique quod *c. vlt. X. de sepult.* huic sententiae faueat. Ita censet CHRISTIN. *Vol. II. Dec. 16.* Sed haec argumenta admodum ieiuna sunt, nec aliquid conferunt ad id probandum, quod probandum erat, vt recte sentit B. HARPRECHT, *in trut. viginti pignorum tacit. spurior. vel dubior. §. 2.* nec vel per remotissimam consequentiam ex *cap. cit. vlt.* huic traditioni veritas conciliari potest. Idem ingenue fatetur GONZALEZ TELLEZ *ad cap. I. X. de Eccl. aedific. et restaurand. n. 7.* refutans PECKIVM *de ecclesiis reparand. cap. 4.* ita statuentem, *sed frustra*, ait, *cum nulla lege Pontificia seu ciuili haec hypotheca inducatur, neque vllo alio idoneo argumento comprobetur.*

An ecclesia habeat hypothecam tacitam in bonis beneficiatorum pro eius reparatione?

§. XXI. Alter casus itidem *reparationem ecclesiae* respicit, quam ex decimis ab illa ecclesia dependentibus, vel ab illis, qui beneficium ecclesiasticum in illa ecclesia tenent, faciendam esse patet ex *c. 1. X. de eccles. aedif.* quia cum habeant emolumentum, onus quoque hoc subire debeant. Iam olim vbi milites ecclesias ex regum beneficio in feudum recipiebant, ad reparationem earum obligabantur, vid. *Capit. anni 813.* apud BALVZIVM tom. I. *capit. p. 504. c. 14.* et *anni 801. ibid.* p. 355. c. 52. *Capit. Caroli Calui de a. 868. ibid. tom. II. p. 205.* Idem onus postea beneficiis ecclesiasticis perpetuo cohaesit, postquam clericis concessa et laicis negata sunt. Praeterea vero decimas has *tacite* obligatas esse pro reparatione ecclesiae, immo ecclesiam hypothecam tacitam in bonis praelati ad refectionem obligati adeo habere contendit CHRISTINAEVS *Vol. II. Dec. 25.* vt praelato mortuo, qui refectionem neglexit, contra heredes eius ad reparationem agi possit, eo quod bona defuncti possideant. In eandem quoque sententiam abit quodammodo CARPZOV. *L. II. Iur. Consist.*

def.

def. 338. n. 10. ad minimum decimas pro reparatione ecclesiæ tacite obligatas esse sentiens. Sed vtrumque falsum esse facile patet. Nullibi bonis prælati vel beneficiati hoc pignus tacitum iniectum est, quod *sine lege* ecclesiæ tribui nequit, nec sequitur: qui reditus ecclesiasticos et decimas percipiunt, obligantur ad reparationem, ergo in his ecclesiæ tacitum pignus competit, quin potius *mera obligatio personalis ex equitate*, personis ecclesiasticis iniecta est, vt recte statuit beatus HARPRECHT. *l. c. §. 1.* Proinde moto concursu, ecclesiam in his reditibus creditoribus hypothecariis haud esse præferendam, arbitror.

An in decimis aliisque pensionibus ecclesia priuilegium habeat.

§. XXII. Denique tertium casum prærogatiuæ ecclesiasticæ quidam constituunt in decimis, censibus, aliisque pensionibus, quæ instar *tributorum* quotannis ex bonis debitorum in certa quantitate ecclesiæ, scholis, aliisue piis locis sunt præstandæ, et ita inter *onera realia ordinaria* referendæ. Hoc expresse prouisum in *ordin. process. Sax. tit. 42. §. 5.* ibique referuntur: Was auf den Gütern zur Besoldung der Kirch- und Schul-Diener oder andern milden Sachen zu entrichten, als decem, it. jährl. Zinsen von Wiederkauffs Haupt-Summen, und dergleichen *onera realia*, quæ *c. l.* cum tributis parem prærogatiuam acceperunt. Idem dispositum est *in ord. Proc. Magd. c. 49. §. 15.* et in prima classe referuntur, der Kirchen- und Schul-Diener Gerechtsame, als da sind jährl. Zinsen wiederkaufliche Haupt-Summen, *decimæ* und dergleichen *onera realia*, so zu Unterhaltung gemeldter Personen gewidmet und auf die beschwerte Güter geleget sind, ingleichen die Lehn-Waaren, Erb-Zinß-Gelder rc. quamuis iuxta §. 17. hæc prærogatiua tantum restricta sit ad sex annos von der Zeit an, da es verfallen zu rechnen, denn was sie den Schuldner länger

länger getrauet und aufwachsen lassen, das haben sie ihrer Nachlässigkeit beyzumessen, und aus der fahrläßigen administratoren priuat-Vermögen, so davor unterpfändlich hafften soll, zu fordern, nisi administratores probauerint, se in mora exigendi non fuisse. Plures alias locorum constitutiones idem priuilegium ecclesiis indulgentes, adducit MARTINI *ad cit. tit. 42. Proc. Sax. n. 87.* Conf. CARPZOV. *Lib. IV. Resp. 12.* et RICHTER. *de priu. credit. c. 2. membr. 5. cc. fin.* De iure communi hæ pensiones rebus cohærentes ius pignoris taciti habent, *l. 15. qui pot. in pign. hab. l. 31. de pign.* sed *prælationis ius* cum tributis eis adscribi nequit.

An iure communi nomina ecclesiastica ex mutuo contracta, prærogatiuam habeant.

§. XXIII. Restat ergo vt videamus, an non *nomina ecclesiastica* ex mutuo vel alio contractu prouenientia aliunde *prærogatiuam* quandam habeant? vbi rursus distinguendum est inter *iura prouincialia* et *communia*. De *iure communi*, hoc est *canonico* et *ciuili*, nomina ecclesiastica omni priuilegio destitui persuasissimum habeo, neque enim hypotheca tacita vllo in textu munita sunt, quod agnoscunt KLOCK. *Vol. 11. conf. 40. n. 78.* NEGVSANTIVS *de pign. membr. 4. p. 2. n. 121.* BRVNN. *conf. 76. n. 66.* CARPZOV. *P. 1. C. 18. def. 116.* MERCVR. MERLIN. *de pign. et hypoth. L. 3. qu. 13.* AMAT. RODRIQVEZ. *de concurs. cred. 1. art. 5. n. 13.* LAVTERB. *de hypoth. leg. §. 11. n. 71.* nec priuilegium personale habent, vt chirographariis præponi debeant, vt rursus recte sentit KLOCK. *cit. l. n. 178. in fin.* destituimur enim lege, absque qua priuilegium nominibus ecclesiasticis vindicari nequit. Equidem communiter *nomina ecclesiastica* ad *quartam classem* inter personaliter priuilegiatos reiicienda esse, contendunt exemplo *Reipublicæ*, quæ aliis meris etiam chirographariis præfertur *l. 38. §. 1. de rebus aut. iud. possid.* immo aliquando etiam fisco, si antiquiorem specialem hypo-

hypothecam praeterea habet. *l. 8. qui pot. in pignor. vel hypothec. hab.* Hoc argumento vtuntur BRVNNEMANN. *de concur. Creditor. c. V. §. 60.* RICHTER *de priuileg. cred. cap. 4. Sect. 1. n. 113.* HABERKORN. *de concurs. et praelat. Creditor. cap. 11. n. 262.* simulque prouocantes ad *l. vlt. C. de SS. Eccles.* inde inferunt, quod *ecclesia* cum *ciuitate* a pari procedat. Sed facilius forsan ex pumice oleum quam ex hac lege argumentum adductum elici potest, in qua ne vmbra quidem aequalis iuris inter *ciuitatem* et *ecclesiam* occurrit. Et cum praeterea in iure singulari integrum haud sit, ab vna vniuersitate ad alteram extensionem facere per *l. 14. D. de leg.* euidens quoque est, nec priuilegium *Reipublicae* creditricis extendi posse ad ecclesiam. Concludo ergo, de iure communi nomina ecclesiastica nulla munita hypotheca in quintam classem esse reiicienda.

Iure prouinciali plurimorum locorum praerogatiuam quandam habent.

§. XXIV. Quod vero iure communi his nominibus denegatum est, id specialibus locorum constitutionibus illis concessum. De *iure Saxon. Electorali* ecclesiae, scholae, hospitalia, vniuersitates, et stipendia *hypothecam tacitam* habent, per *ordinat. process. tit. 45. §. 4.* adeo, vt secundum *§. 14. cit. tit.* et hypotheca tacita in defectu allodialium ad feudalia tracta sit. Conf. RICHTER. *de priu. Cred. c. 2. m. 5. in fin.* Idem constitutum est *in ord. proc. Magdeburg c. 49. §. 55.* In Ducatu Megapolitano haec nomina ecclesiastica non tantum hypothecam tacitam habent, sed etiam *prioritatem*, teste BRVNNEMANNO *c. 5. §. 60. in fin.* Similiter in republica Goerlicensi his nominibus hypotheca tacita est data, teste HABERKORN. *de concurs. cred. praelation. c. 2. n. 268.* An etiam de iure communi Saxonico idem asserendum sit, vulgo disceptatur, obseruante Dn. BERGERO *in electis discep. forens.*

ad process. Saxon. tit. 45. obseru. 3. nota 4. Qui id asserunt, argumentum a fisco ad ecclesiam ducunt, quod tamen inane est, et recte reprobatum a SIMONE VLRICO PISTORIS *obs. 68.* quod indicium praebet, extra *Saxon. Electoral.* ius commune obtinere. In Marchia per *Recess. prouinc. de anno 1653. §. 7.* ius commune confirmatum est his verbis: In den übrigen Posten, so debita chirographaria seyn, und ex causa mutui herrühren, können zwar die Kirchen keines priuilegii praelationis sich anmassen, sondern müssen mit andern Creditoribus, so paria iura haben, in tributum gehen, conf. B. STRYK *in not. ad Br. ius eccles. l. 2. c. 16. §. 5. ad verb. mutuo.*

An in administratorum bonis ecclesia ius tacitae hypotheca competat.

§. XXV. Cum vero non raro administratores bonorum ecclesiasticorum, quoad *residua*, debitores ecclesiarum similiumue piorum locorum fiant, denuo in disceptationem venit, annon ad minimum haec nomina iure hypothecae tacitae munita sint? id quod communiter ex his euincere conatur argumentis, 1.) quod ecclesiae pupillis et minoribus, quibus haec hypotheca in bonis tutorum data est, aequiparatae, et curatores aerarii ecclesiastici, instar tutorum sint per *cap. 1. de restit. in integr.* 2.) quod *cap. 6. X. de pign.* huc collineare videatur. Hanc sententiam tuentur HIERONYMVS ROCCA *in disput. iur. select. c. 50. n. 91.* IOANN. FRANCISCVS ANDRAEOLI *controuers. 350. n. 9.* NONIVS a COSTA *de priuil. credit. reg. 3. ampliat. 23. n. 63.* MVNNOZ *de Escobar. c. 39. n. 13.* NEGVZANZ. *de pign. P. 2. membr. 4. n. 120.* MERLINVS *de pignor. L. 3 qu. 33. n. 9.* aliique, quos magno numero allegat HARPRECHT. *Vol. nou. cons. 79. n. 116.* Mirum sane est, ius pontificium ecclesiis non satis prospexisse, quod forsan inde factum esse videtur, quia ex hac Doctorum traditione illis satis prospectum esse crediderunt, quae tamen admodum

modum lubrica eſt, vt oſtendit B. HARPRECHT. *l. c. n. 15. et in trutin. vigint. pign. tacit. ſpurior. vel dub. §. 3.* Etenim *capit. 6. X de pign.* huius pignoris nullam mentionem facit, et quamuis eccleſiæ *minoribus* æquiparentur quoad *reſtitutionem in integrum*, inde tamen quæuis iura pupillorum iis aſſignari nequeunt, cum iura ſingularia non ſint ad conſequentias producenda. Interim tamen in terris euangelicis iſtorum adminiſtratorum bona non quidem ex iure ciuili vel canonico, bene tamen ex iuribus complurium ditionum prouincialibus, et fori tritura nexui taciti pignoris deuincta eſſe contendit HARPR. *cit. ll.* Huc etiam collineat *Receſſus prouincial. Marchic. c. l.* his verbis: Daferne aber der Patronus (qui in Marchia vt plurimum bona adminiſtrat) das debitum contrahirt, ſoll den Eccleſiis nicht weniger in bonis Patroni als den pupillis in tutoris et reipubl. adminiſtratorum, et quidem a tempore, da der debitor Patronus der Kirchen geworden, zuſtehen.

Quid ſi adminiſtrator pecuniam eccleſiæ ſuo nomine mutuam dedit?

XXVI. Ex eodem errore noua propullulauit concluſio. Conſtat, quod ſi quis pecuniam alienam, ſuo nomine, det mutuam, nomen non illi, cuius pecunia erat, ſed contrahenti acquiratur, cum debitor huius fidem ſecutus ſit, quemadmodum vero pupillo acquiritur actio, ſi tutor nomen pecunia pupillari contraxit, licet tutor ſemetipſum in chirographo creditorem nominare curauit, CARPZOV. *P. 2. Conſt. 11. def. 38.* STRVV. *in Iuriſpr. L. I. tit. 22. §. 5 in fin.* ita idem de adminiſtratore eccleſiæ dicendum eſſe arbitrantur. vid. MANZIVS *in ſpec. iur. comm. voce, eccleſiæ fauor. n. 56. et 87.* Vſus huius obſeruationis potiſſimum occurrit in concurſu ſuper bonis adminiſtratoris moto, quando quæritur, an eccleſia hoc nomen, quod ſua pecunia contractum eſſe

contendit, sibi afferere extra concursum possit? Equidem si verba chirographi eam interpretationem admittunt, vt *administratorio nomine* illud contractum esse censeri possit, facile in affirmatiuam descendendum erit; ast si nulla huius rei vestigia occurrunt, si ex manifestissimis indiciis apparet, administratorem *suo nomine* contraxisse nomen, iuri communi tamdiu insistendum, donec probetur exceptio, quæ in ecclesia non occurrit.

Plura alia priuilegia nominibus ecclesiasticis tribuuntur.

§. XXVII. Addunt adhuc alia plura nominum ecclesiasticorum iura singularia, inter quæ hæc palmaria sunt, 1) quod valeant, si vel maxime causa debendi non sit expressa, quæ alias in omni chirographo necessario exprimi aut: ad minimum probari debet *l. 25. in f. de probat. c. 14. X. de fide instrum.* TIRAQVELL. *de priu. piar. caus. priu. 109.* HORN. *Class. XI. n. 93. p. 167.* BRVNNEMANN. *de iur. eccles. L. II. c. 14. §. 2.* in nominibus ecclesiasticis autem vel ideo probationem causæ debendi non requiri tradunt, quod hæc adesse præsumatur BRVNN. *l. c.* 2) quod quicunque possit ecclesiæ stipulari, et quilibet sacerdos ei acquirere, cum alias alteri stipulari nemo possit: TVSCH. *lit. E. concl. 7. n. 10. seq.* MANZ. *Special. iur. comm. voce: Ecclesiæ fauor. n. 35. et voce pia causa n. 20.* 3) quod mulieri non prosit exceptio SCti Velleiani contra nomina ecclesiastica, pro quibus fideiussit MANZ. *cit. l. voce pia caus. n. 17.* 4) quod pro his nominibus fideiussor ex nudo obligetur pacto, cum alias fideiussio solennem desideret stipulationem: TIRAQVELL. *cit. tr. priu. 141.* MANZ. *cit. l. n. 18. et 19.* 5) quod ecclesia, cui legatum est nomen, possit agere sine cessione, absque qua alias legatarius agere nequit: *l. 18. C. de legat.* 6) quod nomina ecclesiastica demum 40. annis præscribantur, cum alias actiones personales tantum ad 30. annos durent: *l. 3. C.*

C. de praesc. 30. vel 40. ann. 7) quod probatio horum nominum facilius possit instrui, veluti per inuentarium ecclesiasticum, *arg. l 57. de administ. et peric. tut.* per libros antiquos seu registra ecclesiastica MANZ. *d. tr. voc. ecclesiae fauor. n. 35.* Probata est haec sententia in der Fürstl. Würtenberg. Kasten-Ordnung *p. 734. n. 206.* vbi ita: zu deren Beweisung auch alte Register, obschon weder Brief noch Siegel vorhanden, vor sufficient angenommen werden sollen.

§. XXVIII. Pleraque ex his adductis singularibus nominum ecclesiasticorum iuribus, rursus ita sunt comparata, vt vel in cerebro interpretum nata fuerint, vel singulare quid non contineant. *Primum* nulla lege fundatum est, absque qua exceptionem a iure communi tradere interpretibus haud integrum est. Generatim in iure cautum est, causam debendi, in chirographo non expressam, non praesumi, nisi probetur, nec vlla ratio est, cur magis praesumi debeat in *nominibus ecclesiasticis*, quam *priuatorum*; illa eodem modo contrahuntur ab hominibus quam haec, et sic aeque in illis fraus committi potest, nec fauor pro *ecclesia* sufficit, vbi lege, singulare quid constituente, deficimur. *Alterum* admitto, sed ad solam ecclesiam non stringo, cum hodie alteri per alterum obligatio in genere adquiri possit MEVIVS *P. 4. dec. 112. n. 5.* STRYK. *in Vsu mod. ad tit. de pact. §. 12.* quod quamuis HARPR. *dissert. de fideic. conuent. § 16.* in dubium vocet, vel ideo tamen ei adhaerendum haud est, quod pactorum efficacia hodie non aestimetur ex iure Rom. sed moribus Germanicis, et praeterea Interpretes iuris canonici sentiant, hoc iure quempiam alteri stipulari posse obseruante MANZ. *cit. tr. voce pia causa n. 20. in fin.* *Tertium* priuilegium petunt ex *l. f. C. ad SCtum Vell.* in qua *doti* haec praerogatiua data, vt contra eam SCti Velleiani exceptio *Quae examinantur.*

 opponi

opponi nequeat, multominus *ecclesiae*, quae *iura dotium* habet. Sed petit haec sententia id, quod est in principio: priuilegia dotis ecclesiis competere aeque facile negari potest; quo asseritur, immo eo facilius negatur, quo magis constat, iura singularia non admittere extensionem. *l. 14. de legibus.* Noui, bona ministris ecclesiae assignata, dotis appellatione venire, eique omnia priuilegia attribui, quae in iure concessa reperiuntur doti vxoriae. ZIEGLER *de dote eccles. cap. XII. §. 64.* Sed 1) non quaeuis nomina ecclesiastica ad dotem ecclesiae spectant, sed magis ad aerarium ecclesiasticum, et bona communia. Deinde 2) ZIEGLERVS *loc. cit.* rationem, a matrimonio spirituali desumtam, minus idoneam et adaequatam esse non diffitetur, addit tamen: *in thesi tamen ipsa, qua doti ecclesiasticae insignis tribuitur fauor, et si non maior, saltim aequalis illi, qui doti vxoriae adscribitur, nolimus dissentire.* Verum ex eo solo, quod causa quaedam favorabilis sit, non posse ei priuilegia absque iuris assistentia tribui, supra dictum est. *Quartum* admitto, sed rursus non ad solam ecclesiam restringo, cum hodie omnes fideiussores solo consensu accipiantur sine stipulatione. De *iure ciuili* tamen ad minimum priuilegium hoc admittendum esse credunt ob *l. f. C. ad SCt. Vellei.* vbi idem in dote constitutum est, et sic quoque ad ecclesiam trahendum, quod tamen rursus impingit in ea, quae antea adducta sunt. *Quintum* rursus ad omnia nomina adplicari potest, cum in *l. 18. C. de legat.* cuilibet legatario datum concessumque sit, vt possit sine cessione actionibus vtilibus suo nomine experiri. *Sextum* admitto, vt tamen non tantum ad nomina ecclesiastica restringi debeat, sed aliis quibuscunque iuribus commune sit, de quo plenius egi *in iure ecclesiast. Protest. tit. de praescript. §. 49. seqq.* *Vltimum* admodum dubium est. Inuentario quidem, si tenor chirographorum ei insertus est, vim suam non adimo,

sed

ſed fidem ei habendam eſſe credo ob *l. 57. de admin. et peric. tut.* Verum regiſtris priuatis eccleſiaſticis æqualem probandi vim non eſſe tribuendam, plenius demonſtraui in *cit. tr. de fid. inſtr. §. 3.*

An vſura debeantur vltra alterum tantum in nominibus eccleſiaſticis.

§. XXIX. Acceſſoria nominum eccleſiaſticorum ſunt vſuræ, quibus itidem noua et peculiaria adſcribunt iura. Finiuntur alias vſuræ, ſi vltra alterum tantum excreuerint, quamvis ſi particulariter ſoluantur, exceptio *alterius tanti* non obſeruetur hodie. FINCKELTHAVS *obſeru. 40.* In nominibus eccleſiaſticis autem vſuras vltra alterum tantum *indiſtincte* deberi iudicant, tum quod idem in vſuris pupillaribus obtineat, tum quod vſuræ nominum eccleſiaſticorum, non vt *vſuræ*, ſed magis vt *intereſſe* petantur, quod vltra alterum tantum peti poteſt, vt ait CARPZOV. *lib. 2. Iuriſpr. Conſiſt. def. 319. n. 15. 16. 17.* tum denique quod ratio prohibitionis hic ceſſet, quæ eſt, ne immodicum quæratur lucrum, quod ab eccleſia et piis corporibus haud præſumendum. Hæc tamen argumenta ſatis lubrica eſſe, iam oſtendi *in iur. Paroch. ſect. VI. c. 2. et 17. edit. nou.* Quod de *vſuris pupillaribus* adfertur, adhuc valde dubium eſt, et præterea ſæpe iam notatum, non valere generale argumentum a pupillis ad eccleſias. Supra quoque inane refugium reprobatum iam eſt, vſuras eccleſiaſticas magis vt *intereſſe* peti, quod a rei veritate alieniſſimum, et denique adducta præſumtio facto ipſi contraria eſt, dum immodicum lucrum reuera dicendum eſt, quod leges damnant et improbant. MEVIVM ſibi hac in quæſtione non ſatis conſtitiſſe, obſeruaui *cit. loc* ſimulque eius verba adduxi. Forſan hæc ratio quoque pro ſententia contraria adduci poſſet, quod debitores eccleſiaſtici ſine *interpellatione*, re ipſa, vel legis diſpoſitione moram con-

An mora in his nominibus ex re contrahatur.

contrahant, vt debitores pupillorum et minorum *l. 3. C. in quib. cauſ. in integr. reſtit. neceſſ. non eſt*, SPERELL. *dec. for. eccl. 130. n. 34. et 38.* COVARRVV. *Lib. III. var. reſol. c. 17. n. 4.* GRATIAN. *diſcept. forenſ. L. 3. c. 570. n. 9.* TIRAQVELL. *de priu. piar. cauſ. priu. III.* BRVNNEMAN. *L. 2. iur. eccl. c. 14. §. 6.* Quando autem debitor in mora eſt, indiſtincte currunt vſuræ etiam vltra alterum tantum, STRVV, *exerc. 27. th. 53.* MEVIVS *P. 7. dec. 4.* COTHMANN. *Vol. 2. reſp. 52. n. 262.* Sed nec hæc ratio me in contrariam rapit ſententiam. Nam 1) rurſus hic argumentum a pupillis et minoribus ad eccleſiam trahitur, quod in iure ſingulari non eſt permiſſum, et regulis logicis aduerſatur: 2) qui in caſu moræ vſuras vltra alterum tantum creditori aſſignant, *veram moram* ex *interpellatione* vel maxime *iudiciali* contractum ſupponunt. MEV. *cit. l.* STRVV. *Lib. 3. tit. 20. §. 23.*

An in Saxonia hæ vſuræ ſimul cum ſorte in concurſu creditorum debeantur.

§. XXX Denique conſtat, quod in quibusdam prouinciis, præſertim Saxonicis moto concurſu, vſuræ non aliter creditoribus ſoluantur, quam ſi omnibus de ſorte ipſa ſatis factum eſt; vt plurimum tamen excipiunt *nomina eccleſiaſtica*, contenduntque, hæc vna cum vſuris ſtatim adiudicanda et ſoluenda eſſe, etiam antequam poſterioribus creditoribus de ſorte ſatisfiat. Ita olim in Electoratu Saxonico cenſuit CARPZOV. *Lib. 4. reſp. 46. et P. I. C. 28. def. 171.* effecitque, vt deciſione electorali VIII. firmaretur. Non deerant, quæ in vtramque partem olim adferebantur. Pro eccleſiis allegabant, fauori earum quid dandum eſſe, in dubio pro iis reſpondendum, et quouis modo cura adhibenda, ne ad ſuſtentationem miniſtrorum eccleſiæ, ſcholarum et pauperum deſtinata minuantur, vel ſint ſine fructu; non eſſe probabile, legislatorem vſuras a ſorte ſeparantem, eccleſiis, aliisque piis cauſis præiudicare

dicare voluisse, has potius vbique exceptas censeri, vsurasque ecclesiasticas magis naturam eius, quod interest, habere. vid. HORN. *diss. de priuil. iur. elect. Sax. piar. caus. circa vsur. in concurs. Credit. n. 10.* Non omnes tamen olim CARPZOVII sententiæ subscripserunt, quin potius ei resistit RICHTER. *de iur. et priuil. credit. c. 7. n. 43.* ex rationibus, quæ ex principiis hactenus propositis facile colligi queunt. Rationes CARPZOVII et qui pro ecclesiis scribunt, suasoriæ sunt, ostenduntque, humanum esse, vt tale priuilegium ecclesiasticis nominibus vbique detur. Tale autem extra Electoratum iis datum fuisse, haud probant, vt fere in Saxonia Ducali RICHTERI sententia præualeat, immo iis quoque in locis, in quibus alias ius Saxonicum commune præualet. In principatu Halberstadiensi quid obtineat, colligi potest ex attestato Regiminis, quod nuper admodum in Actis, ad inclytam facultatem iuridicam transmissis, deprehendi, huius tenoris: Demnach bey uns Chur-Fürstl. Brandenburgischen zur Regierung des Fürstenthums Halberstadt verordneten Stadthalter, Præsident, Vice-Cantzler und Räthe der Aduocatus Friedrich Christoph Bolmann Supplicando einkommen und gebeten, ihm ein Gerichtl. Attestat zu ertheilen, wie es bey hiesiger Regierung in concursu creditorum wegen der Zinsen, wenn pia corpora capitalien dabey zu liquidiren und zu fordern haben, gehalten werde, und denn solchen seinen Suchen statt gegeben; Als wird hiermit attestiret, daß hiesiger obseruanz nach in concursu creditorum, ehe und bevor die capitalia abgetragen, die Zinsen so wenig denen piis corporibus, als andern creditoribus zugetheilet werden. Signatum Halberstadt den 13. Octobr. 1699.

§. XXXI. Ita diuerso in Saxonia iure vtuntur, interim in ipso Electoratu ne sic quidem omnis lis composita videtur, quin *Quid si causa pia cum aeque pia concurrat.*

quin potius de eo adhuc disceptatur; an eadem definitio obtineat, si inter ipsas diuersas pias causas de praelatione disceptetur? Mouit hanc controuersiam HORN. *cit. diss. §. 11. 12.* variasque adduxit rationes in vtramque partem. CARPZOV. *dec. 277. n. 18.* eandem affirmandam esse censuit, et in supremo prouincialium Senatu ita iudicatum esse refert. Sed anno 1652. per rescriptum electorale aliud constitutum fuisse docet HORN. *cit. l. n. 3.* simulque ipsum rescriptum adducit, in quo haec adducitur ratio: Weil der respect und fauor unterschiedlicher Geistlichen Schulden aequalis, und dennoch dahin zu richten, damit eines dem andern nicht zu Schaden und Nachtheil gereichen möge, gestalt die priuilegia und fauores gegen ebenmäßige priuilegirte Personen nicht zu gebrauchen, noch zu verstatten seyn wollen. Quia tamen post illud rescriptum *decis. 8. §. anteced.* allegata, publicata est, in qua huius discriminis nulla iniicitur mentio, ideo inclytus ICtorum ordo, referente HORNIO, censuit, huic rescripto non esse insistendum, sed simpliciter *decisionem VIII.* sequendam, quae *generaliter* hoc priuilegium *nominibus ecclesiasticis* dedit, et forsan a priori rescripto recessit. Nec ratione destituitur haec sententia, quamuis enim priuilegiatus contra priuilegiatum vtatur iure suo, hoc tamen tantum restringendum ad *ius aequale:* vbi autem causa priuilegiata prae altera praerogatiuam habet ratione temporis vel hypothecae, regula praedicta merito quiescere debet.

Conclusio. §. XXXII. Possunt praeterea *nomina ecclesiastica* oriri ex donationibus inter viuos et legatis, quorum iura hic referre supersedeo. Cum enim illa nominibus non sint propria, sed etiam quibusuis rebus donatis et legatis adplicari possint, conuenientius visum fuit, illa ab hac materia separare; ne in

in immensum quoddam opus excresceret dissertatio, cum legatis ad pias caussas plura tribui soleant iura, quae alia occasione examinanda sunt.

CAPVT II.

DE NOMINIBVS ECCLESIAE DEBITRICIS.

Von Paſſiv - Kirchen - Schulden.

ARGVMENTVM.

§. *I. Debita ecclesiastica quoque nomina dicuntur. II. Rationes exceptionis non factae versionis, illis opponendae. III. Ecclesia ex debitis ab ecclesia contractis obligatur absque versionis probatione. IV. Ecclesia mutuum contrahere potest; V. non vero mutuum pignoratitium. VI. Quatenus aduersus mutuum in integrum restitui queat? VII. Ecclesia obligatur ex debitis per praelatum et capitulum contractis, VIII. non semper iure protestantium. IX. An obligetur ex debitis, quorum soluendorum caussa ad alienationem perueniendum. X. Versionis probatio necessaria est in mutuo ab eius administratoribus, XI. vel a patrono vel solo pastore contracto. XII. An in aliis contractibus ecclesia, non nisi probata versione, obligetur? XIII. Versio a creditore probanda est. XIV. An exceptio non numeratae pecuniae ecclesiis perpetuo competat? XV. Argumenta affirmantium excussa. XVI. Ecclesiae non competit beneficium particularis solutionis, nisi ex superioris*

 rioris

rioris rescripto. XVII. Nec condictio indebiti aduersus eam cessat. XVIII. Habet beneficium vsurarum minorum, XIX. nec non beneficium dationis in solutum, XX. et cessionis beneficium. Quatenus competentiæ beneficium competat? XXI. An valeat contra ecclesiam pactum de ingrediendo? XXII. An beneficium inuentarii ecclesia amittat, neglecto inuentario.

§. I.

Nominis appellatio etiam de debitore prædicatur.

Non tantum *ecclesiæ creditrici*, sed etiam *debitrici*, plura vulgo tribuuntur iura singularia, hoc capite perpendenda. Etiam debita hæc, appellatione *nominum* contineri, ex iure nostro manifestum est, in quo *nomina debitorum* vocantur, vt *in l. 38. §. f. D. de negot. gest. l. 86. pr. de leg. 2. l. 64. l. 78. §. 1. de leg. 3. l. 11. de distract. pign.* In *l. 17. de heredit. vel action. vend.* fit mentio *nominum eorum, qui sub conditione vel in diem debeant*, et in *l. 4. C. quæ res pignor. oblig. possunt*, dicitur, *quod nomina debitoris et generaliter et specialiter oppignorari possint.* conf. *l. 19. ad SC. Vellei.*

Debitis ecclesiasticis opponi potest exceptio non factæ versionis, cuius fundamenta adducuntur.

§. II. Inprimis autem ecclesiæ debitrici aliisque piis corporibus, quæ debent, variæ *singulariter* attribui solent exceptiones, de quibus primario hic agendum. Prima est exceptio famosissima non *factæ versionis in rem ecclesiæ*, quæ in iure vtroque satis fundata est. In *Nou. 120. c. 6. §. 3.* de ea ita cauetur: *Si vero quis aut episcopo aut œconomo, aut ordinatori, cuiuslibet venerabilis domus, siue in regia ciuitate, siue in prouinciis constitutæ, pecunias credidit, aut posthac crediderit, iubemus, neque eis hoc reputari pro venerabili domo, nisi primitus ostenderint, quod in vtilitates prædictæ venerabilis domus*

nius ista profecerunt, neque ipsum creditorem aut heredes eius contra venerabilem domum habere aliquam pro ipsis actionem, nisi monstrauerint, quod in vtilitatibus venerabilis domus competentibus pecuniæ profecerunt: sed contra mutuas accipientem pecunias aut heredes eius proprias moueant actiones. Inde desumta est *auth. hoc ius porrectum. C. de S. S. eccles.* vbi in fine ita: *et is creditor hic intelligatur, qui, quod credidit, probat in vtilitatem diuinæ domus processisse.* Amplexus est hanc decisionem INNOCENTIVS III. *in c. 4. X. de fideiuss.* vbi cauetur, ne ab aliquo pecunia mutuo accipiatur, *absque maioris partis capituli sui licentia*, *alioquin*, addit, *non tenetur conuentus pro his aliquatenus respondere, nisi forte in vtilitatem domus ipsius manifeste constiterit redundasse.* Eam quoque suam fecit ALEXANDER III. in *c. 1. X. depos.* aiens: *cum enim non constet nobis pecuniam tuam, quam ille vir Belial impia et detestabili surreptione furatus est, in vtilitates ecclesiæ conuersam, non debemus de iure nec possumus contra canones eiusdem ecclesiæ præcise intentare iussionis instantiam, vt tibi eandem reddant, personæ vt dicunt non ecclesiæ commendatam.* His textibus satis firmata prædicta exceptio videtur, quæ ecclesiis piisque corporibus data est, nec præterea necesse est confugere ad argumenta a *ciuitatibus*, *pupillis*, et *minoribus* petita, quamuis hi quoque eodem iure in hac caussa fruantur: neque enim ideo hoc ius ecclesiis competit, quod *ciuitatibus* ac *pupillis* æquiparentur, id enim non vniuersale esse *cap. antec.* demonstraui; sed quia leges speciatim hoc ius iis in certis casibus indulsere.

§. III. Sed paulo distinctius hic procedendum est, et videndum, an quibusuis debitis ecclesiasticis hæc exceptio opponi possit? et vtrum aliquid referat, quomodocunque debitum

Videndum tamen, quomodo nomen contractum.

debitum contractum fuerit? Quod mutuo illa obiici queat, omnes ad vnum consentiunt, ergo de hoc casu, tanquam *indubio*, primo videndum est loco. Contrahitur autem mutuum (1) per hos, qui ecclesiam repraesentant; (2) per praelatum et capitulum simul; (3) per praelatum duntaxat; (4) per administratores ecclesiasticos; vel denique (5) per *patronum* aut aliquem ex clero, certae alicuius ecclesiae. *Primus* casus est, si *ecclesiam repraesentantes* mutuum contrahant nomine ecclesiae, id quod *in ecclesiis euangelicis* facilius contingere potest, in quibus praeter *oeconomos* et *administratores* certae personae constitui solent, totam repraesentantes vniuersitatem, adeoque mutuum, per hos contractum, censetur ab ipsa contractum ecclesia, vt *simpliciter* obligetur, nec creditor opus habeat versionem probare. BERLICH. *dec. 301. n. 31.* Huc etiam pertinet, si omnes de ecclesia simul, seu coniunctim mutuum acceperint, et chirographum subscripserint, vel procuratorem ad contrahendum mutuum constituerint. IDEM *l. c. n. 31. et 32.* Id quod etiam in mutuo ciuitati dato obseruari solet, vt interpretes ad *l. 27. D. de reb. cred.* obseruant.

Si ab ecclesia nomine contractum simpliciter ecclesia obligatur.

Nec enim ecclesia mutuum contrahere impeditur.

§. IV. Non deerunt, qui etiam hoc casu ecclesiae exceptionem praedictam profuturam esse asserent, forsan ideo, quod se libere obligare nequeat, sed vel *consistorii* vel *principis* consensus simul accedere debeat: neque enim ecclesiae maxime parochiales et rurales ita in sua potestate esse videntur, vt pro lubitu contrahere possint, ne alioquin occasio detur, qua facile ad alienationem bonorum ecclesiasticorum deueniri possit. Interim in iure firmum solidumque deficit fundamentum, ex quo tale mutuum adstringatur ad *consensum principis*, vel *Consistorii*. Etiam ciuitates municipales non absolute sunt in potestate sua, et tamen mutuum contrahere non prohibentur:

bentur: eadem ratio est ceterarum vniuersitatum, quibus nullibi, mutuum interdictum est. *Alienatio* quidem ecclesiis est interdicta, sed non simpliciter se *obligandi* facultas. Nec obstat, quod ita *per indirectum* causa constituatur, ob quam nonnunquam ad alienationem deueniri debeat, quae tamen ecclesiis est interdicta; id enim per *mutuum* directo non intenditur, et si quando *ex accidente* ad alienationem deueniendum est, talem leges non improbant, sed potius disserte approbant, in *auth. cit.* TRENTACINQ. *lib. II. de action. resol. 1. n. 2.* Vtrum vero eo casu desideretur, vt ante omnia *versio* probetur, paulo post examinabo.

§. V. Sed hoc restringendum ad *simplex mutuum*: si praeterea in securitatem crediti *pignus* in rebus ecclesiasticis est constituendum, maiori praecautione opus est. Generatim non tantum praelatis, sed etiam *ipsis ecclesiis* interdicta est omnis *alienatio*, cui etiam accensenda est *specialis pignoris*, quod creditori traditur, constitutio, in *N. 7. c. 1. et c. 5. X. de reb. eccles. non alien. c. 1. et 3. X. de pign.* adeo vt si creditor talem rem acceperit, iure suo cadat, et mutuum lucro ecclesiae cedat, saluo tamen regressu contra administratores, si horum ausu priuato pignus est constitutum *Nou. 7. c. 6.* Vt itaque tale mutuum, pignore speciali munitum, subsistat, praeter iustam causam necessaria sunt illa solennia, quae alias in *rerum ecclesiasticarum alienatione* desiderantur, quia per *pignus speciale* facilius ad alienationem deueniri potest, per *auth. hoc ius porrectum C. de SS. eccl.* conf. GONZALEZ *ad c. 1. X. de pignor.* vbi *n. 13.* adducit concilium Lateranense sub INNOCENTIO III. habitum, quod clericis indulget ius certo modo pignori obligandi beneficia sua, quatenus expeditioni in terram sanctam interessent. Si his interuenientibus requisitis, *praedium* eccle-

Nisi mutuum pigneratitium contrahere velis.

quod solennibus adhibitis fieri debet.

ecclesiasticum pignori creditori datum est sine dubio subsistit pignus, et creditori plena tribuitur securitas, adeo vt is hoc casu, in mora existente ecclesia, pignus sine nouis interuenientibus solennitatibus distrahere queat, cum, quae in ipsa pignoris constitutione interuenere solennia antecedenter, in hunc casum directa esse videantur. SIMONCELLVS *de decret. in contract. minor, adhib. lib. 2. tit. 5. inspect. 4. n. 42.* Constitutio *generalis hypothecae* ecclesiis haud interdicta est, si necessitas mutui contrahendi adsit, adeo vt ne quidem interuentus solennium hic desideretur per *Nou. 7. c. 6. in fin.* tum quia per hypothecam possessio in creditorem non transit, tum etiam quia generalis hypotheca non tam stricte rem afficit, quam quidem specialis, conf. GALESIVS *de restit. in integr. comm. ad constit. Vrbani VIII. n. 146. p. 150.*

Potest tamen ecclesia contra mutuum restitui.

§. VI. Nihilominus tamen si pecunia mutuo ab ecclesia accepta, in rem eius haud versa, restitutionem in integrum eidem indulgent, BERLICH *decis. 301. n. 30.* modo ecclesia doceat, versionem factam non fuisse. Quando enim restitutionem quaerit, *laesionem* probare debet, quae hic vnice in eo, quod pecunia in rem suam non sit versa, collocanda est. GALESIVS *cit. tr. c. 2. n. 109.* In hoc differt ab illo casu, vbi per *administratores* mutuum contractum, quo creditori onus probandi incumbit, hic vero ecclesiae, quippe quae simpliciter ex mutuo obligata fuit, et tantum ex capite *restitutionis* a vinculo liberatur. Neque haec *probatio* restringenda ad *mutuum gratuitum*, vt in *foeneratitio* creditori onus probandi incumbat, id quod contendit TRENTACINQ. *lib. 2. de action. res. 1. n. 3.* neque enim in *L. 1. et 2. C. si aduersus creditor.* adseritur, quod hoc casu onus probandi creditori incumbat, sed in genere tantum supponitur, liquidum esse, pecuniam non esse versam in mino-

minoris vtilitatem; id autem, quis probare debeat, minime determinatur. Nec porro ipsa *restitutio* restringenda est cum BERLICHIO *cit. l. n. 37.* ad mutuum *fœnoratitium;* cum læsio non *in fœnore promisso,* sed in *cessante versione* quæratur, quæ contingere potest, etiam vbi mutuum haud est fœnoratitium, id quod *ex l. 17. §. 1. et l. 27. §. 1. de minor. l. 1. et 2. C. si adu. cred.* clarissime liquet, in quibus sola *læsionis* ratio in *cessante versione* ponitur, conf. ODDVS *de restit. in integr. p. 2. q. 52. art. 4. n. 37. et art. 7.* GALESIVS *de restit. in integr. c. 2. n. 108. seq.* Ex quo patet verissimum esse, quod ait WILHELMVS ANTON. a FREVDENBERG *de rescript. morat. concl. 32. n. 14.* cauendum esse omnibus a contractu cum ecclesia *tanquam re pestifera et perniciosissima,* id quod tamen non potest non ecclesiæ admodum obesse. Proinde ad hoc præiudicium auertendum, duo commendanda esse censeo: (1) vt creditor, qui cum ipsa ecclesia contrahere vult, ad minimum curiosus sit, et videat, in quem finem et vsum ecclesia mutuum accipiat, vt postea restitutionem petenti ecclesiæ eo fortius se opponere possit: (2) ne iudex adeo facilis sit in concedenda restitutione, quod iam olim monuerunt ICti, circa restitutionem minorum in *l. 24. §. 1. de minor. ibi: ne magno incommodo huius ætatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente et quodammodo commercium eis interdicetur* et in *l. 17. §. 1. de admin. et peric. tut. ibi: nam inutile est pupillis, si administratio eorum non seruatur, nemine scilicet emente.*

Cautela ei commendanda, qui cum ecclesia vult contrahere.

§. VII. Pergo ad alterum casum, si pecunia mutuo accepta, per *prælatum et capitulum*, qui priori fere similis est. Nam quamuis iure veteri clerus fere tantum *administrationem* rerum ad ecclesiam pertinentium habuerit, adeoque non dubitandum, quin olim idem obtinuerit, quod locum habet, quando

Si per prælatum et capitulum mutuum acceptum, itidem simpliciter ecclesia obligatur.

quando ab aliis administratoribus pecunia mutuo accepta: vid. *Nou. 129. c. 6. §. 3.* scena tamen postea mutata est, et quod *cap. 1.* iam monui, communis doctrina inualuit, clerum, hoc est, *prælatum cum capitulo*, repræsentare ecclesiam, adeoque in effectu habendum esse, ac si *ipsa ecclesia* immediate mutuum contraxisset, et consequenter exceptione *non factæ versionis* vti haud posse. Id colligo *ex c. 4. X. de fidei.* cuius *verba §. II. adducta*, vbi demum *probatio versionis* desideratur, si *absque maioris partis capituli* licentia pecunia mutuo sit accepta, quia nec *solus prælatus*, nec *capitulum solum* repræsentat ecclesiam, sed totus clericorum ordo coniunctim. TRENTACINQ. *l. c. n. 1. et 6.* Quamuis vero etiam hoc casu plures *probationem versionis in rem ecclesiæ* desiderent, quos allegant GONZALEZ. *ad. cit. c. 4 n. 1.* et BARBOSA *ibid. n. 8.* facile tamen ex adducta ratione liquet, id inuita iuris ratione fieri; posita enim sententia, quod clerus repræsentet ecclesiam, ponitur conclusio, quæ non potest non inde fluere. conf. STRYK. *in not. ad* BRVNN. *ius eccl. l. 2. c. 15. §. 28.* verb. *prælato præsente capitulo*, vbi hanc rationem addit: *mediante capitulo enim tota censetur contrahere ecclesia.*

Non tamen inter protestantes.

§ VIII. Inter protestantes tamen merito ab hac hypothesi recedendum foret, penes quos clerus non repræsentat ecclesiam, etiam in ecclesiis *collegiatis* et *cathedralibus*, vtut non ignorem, incaute sæpe ad huiusmodi erronea dogmata prouocari. Proinde satis prudenter Seren. Legislator *in ord. Magd. p. cit. c. 49. §. 22.* explosa adducta ratione, ita censuit: Es sollen weder die pia loca, wie sie Namen haben, noch die Städte hinfüro, ohne unsere, oder unserer Magdeburg. Regierung ausdrückl. Bewilligung Geld auf Zinse zu entlehnen befugt seyn, da aber solches vor publication dieser Ordnung geschehen wäre, soll so

wol

wol denen piis locis als Städten das *beneficium l. ciuitas ff. de reb. cred.* dergestalt zu statten kommen, daß die Zahlung ehe nicht wieder sie erkannt, noch vollenstrecket werde, bis die Gläubiger zur Gnüge beygebracht, daß das Anlehn in derer piorum locorum oder der Städte scheinbaren Nutzen verwendet worden, ob auch gleich bey Stifftern das gantze capitul, bey Clöstern die Aebte oder Pröbste und conuentuales, und bey denen Städten die Viertels- und Gemeinheits-Meistere in das Anlehn ihr Vollwort gegeben, zu dessen Beybringung denen Gläubigern die Raths und andere Rechnung zu ediren sind.

§. IX. Vt plurimum tamen hi, qui in mutuo, a *prælato & capitulo* contracto, non desiderant versionis probationem, hoc limitant, nisi ad *exsolutionem mutui necesse sit alienare bona ecclesiastica.* BRVNNEMANN? STRYK. *in vsu mod. ad tit. de reb. cred. §. 37.* GRANNANIETO *ad c. 1. X. de fideiuss. n. 3.* GONZALEZ et BARBOSA *cit ll.* TRENTACINQ. *lib. II. de act. n. 1. n. 5.* Hanc limitationem deducunt *ex auth hoc ius porrectum C. de SS. eccl.* in qua permittitur, ob vrgens æs alienum res ecclesiasticas vendi posse, additurque, eum hic creditorem esse intelligendum, *qui quod credidit, probat, in vtilitatem diuinæ domus processisse.* Hæc sententia si vera est, obtinebit quoque in casu primo, de quo *§. 3. seq.* dictum est. Verum euidens est, dictam *auth.* loqui de mutuo contracto ab *œconomis* vel *episcopis*, qui *olim administratores rerum ecclesiasticarum* simpliciter erant, vt *in iure paroch. Sect. VI. c. 1* pluribus docui, ergo ad eum casum commode applicari nequit, vbi *ipsa ecclesia*, vel quod idem est, *eam repræsentantes* mutuum contraxere, quo casu ecclesiam *simpliciter* obligari, supra euictum, exemplo ceterarum vniuersitatum, quæ se *simpliciter* obligare possunt, quod etiam in *ciuitatibus* obtinet, nisi *prouinciali lege* prohibeantur, *Quid si ob tale mutuum ad alienationem rerum ecclesiasticarum deueniendum sit?*

qualem §. *anteced.* adduxi. Nec argumentum a *prohibita alienatione* ad hunc casum trahi potest, cum si æs alienum recte contractum, id quod hoc casu in dubium de *iure communi* vocari nequit, alienatio permitti debeat. Ast si *administrator*, *œconomus*, vel *solus prælatus*, mutuum contraxit, merito dubitari poterat, vtrum in *propriam* an *ecclesiæ* vtilitatem illud contraxisset? id quod ante omnia per *probationem versionis* eruendum est: hoc vero dubium cessat, vbi *ipsa ecclesia*, qua talis, contraxit, h. e. qui eam repræsentant, der Ausschuß der Gemeinde, die Alterlinge, vti in nonnullis ecclesiis vocantur, quia sic euidens est, ecclesiam ipsam mutuum contraxisse: breuiter, non tam ad *obligandi efficaciam* in genere desideratur versionis probatio, sed vt constet, hoc nomen *ecclesiam* tangere; id quod tunc certum est, si ipsa ecclesia contrahit; dubium vero, si *administratores*, quippe qui fingere possunt, se *nomine ecclesiæ* accipere mutuum, quod potius proprio nomine id acceperunt.

Probanda est versio, si per administratorem vel solum prælatum mutuum acceptum.

§. X. Tertius et quartus casus est, si *prælatus* sine capitulo vel *administratores*, nomine *ecclesiæ*, pecuniam mutuam acceperint, quo casu omnes fere consentiunt, non aliter mutuum stringere ecclesiam, quam probata versione. TRENTACINQ. *l. c. n. 1.* ENGEL. *de priuil. monast. priu. 43.* BERLICH. *cit. dec. 301.* B. STRYK. *l. c.* adeo vt ab hac probatione non liberetur creditor, si vel maxime chirographo administrator vel prælatus confessus fuerit, in vtilitatem ecclesiæ hanc pecuniam acceptam fuisse. TVRRICELLVS *de reb. eccles. non alien. c. 30. n. 31.* TRENTACINQ. *l. c. n. 2.* quia tali confessione ecclesiæ præiudicare nequit, nisi alia adminicula concurrant. TVRRICELLVS *cit. l. n. 32.* Equidem si indistincte argumentum a *ciuitatibus* et *pupillis* ad ecclesiam valeret, res omni careret dubio; ast quia

quia contrarium sæpe iam adstruxi, ab hoc argumento abstinebo, ex legibus ipsis rem explicaturus. Secundum has duo distinguendi sunt casus: aut ecclesia est obærata admodum, vt ad alienationem bonorum ecclesiasticorum deueniri debeat, aut aliunde debitum solui potest. Illo casu certum est, creditores ante omnia versionem probare debere, id quod satis euidenter *ex cit. auth. hoc ius porrectum C. de SS. Eccl.* colligitur, et sine dubio ideo constitutum est, ne facile ad *rerum ecclesiasticarum alienationem* deueniatur, quæ regulariter prohibita est. Hoc casu vel *administrator* aut *prælatus* habet mandatum vsque ad certam summam, pecuniam mutuo sumendi, aut non; Priori casu simpliciter ecclesia obligatur, quod colligitur *ex c. 4. X. de fidei.* vbi interdicitur religiosis, qui forsan res monasterii administrant, mutuam accipere pecuniam *vltra summam communi prouidentia constitutam;* ergo si ad eam summam v. c. 200. thalerorum acceperit mutuum, ecclesia inde vel ideo obligatur, quia *mandatum ad contrahendum habuit:* si summam excessit, non nisi probata versione, obligatur. Si deficit tale mandatum, aut *viuente* adhuc *prælato,* vel *administratore* agitur, aut *eo mortuo:* illo casu ipse administrator vel prælatus opponere nequit hanc exceptionem. B. STRYK. *cit. l. §. 38.* TRENTACINQ. *l. c. n. 5.* Hoc vero probationem versionis necessariam esse arbitror, maxime ob *c. 1. X. de solut.* vbi dicitur, quod prælatus sui prædecessoris debita *pro ecclesiæ necessitate contracta* soluere debeat. Fundamentum obligandi successorem hic collocatur in eo, quod *debitum pro ecclesiæ necessitate contractum sit,* id quod *in facto* consistit, et ab allegante probandum est, qui est *creditor,* id quod si in *prælato,* qui liberiorem adhuc habet contrahendi potestatem, iuris est, multo magis in *simplici administratore* obtinere debet, vt si vel ipse vel ecclesia ex mutuo antecessoris conueniatur, agenti exceptio obstet.

Versio quoque probanda, si patronus vel aliquis ex clero pecuniam mutuam sumserit.

§. XI. Denique vltimus casus est, si debitum est contractum per aliquem ex clero nomine ecclesiæ, qui tamen administrator haud est dicendus. Huc referri potest, si *canonicus* intuitu sui beneficii, si *pastor ruralis*, si *patronus*, vtut *intuitu ecclesiæ*, mutuam pecuniam sumit, ex quo nullo modo ecclesia obligatur, quia non cum *ecclesia*, sed cum *certa persona* creditor contraxit, nisi forsan probatum fuerit, eam pecuniam in ecclesiæ vtilitatem conuersam fuisse, qualis est sensus *c. 1. X. depos.* obseruante GRANNANIETO *ad cit. c. 1 n. 3.* Deposuerat enim quis pecuniam apud certum clericum, qui nomine ecclesiæ illam susceperat, pecunia fraude depositarii sublata, deponens ecclesiam obligatam esse credebat, quod recte negabat pontifex, addita limitatione, *nisi de versione in vtilitatem ecclesiæ constaret*, quo probato, ecclesia, meo quidem iudicio, non actione depositi, vt GRANNANIETO *cit. l. n. 4.* censet, sed *de in rem verso* tenetur.

An in aliis contractibus quoque versio probanda.

§. XII. Atque hæc quidem sine dubio obtinent in *mutuo*; ad alios contractus an hæc doctrina extendi possit, non satis liquet. Qui hanc quibuscunque contractibus applicandam censent, potissimum se fundant in *c. 4. X. de fidei. et c. 1. X. depos.* indeque inferunt, etiam *in deposito* et *fideiussione* hanc exceptionem admitti, multo magis ergo in aliis contractibus, in quibus ecclesia ad suam vtilitatem contrahit. Sic comparans rem *ecclesiæ*, aiunt, non aliter in tuto versari potest, quam si, obseruatis solennibus, sollicitus sit, vt pretium in eam necessitatem, ob quam venditio facta est, conuertatur, per *auth. hoc ius porrectum C. de SS. Eccl.* TVRRICELL. *de reb. eccl. non alien. c. 30. n. 22.* GALES. *ad l. 1. C. de SS. eccl. n. 108.* Alii hoc casu distinguendum esse censent, vtrum alienatio fiat ex causa *voluntaria* an *necessaria*? vt hoc casu tantum emtor

sollicitus

sollicitus esse debeat de versione in eius vtilitatem, non illo, si forsan ob solam ecclesiæ *vtilitatem* alienatio facta est, MERLIN. *dec. 110. n. 13.* BVRSAT. *dec. 714. n. 1.* Alii prorsus negant, ad alios contractus hanc doctrinam applicari posse, alii aliter. vid. TRENTACANQ. *l. c. n. 9. seqq.* B. STRYCK. *in V. M. tit. de reb. cred. §. 25.* BERLICH. *dec. 302.* L. B. de LYNCKER *in comm. ad ius ciu. tit. de reb. cred. §. 27.* Vt ex his ambiguitatibus me expediam, rursus casus *indubios* a *dubiis* distinguo. In casu alienationis, *ob aes alienum*, certo iure constitutum est, sollicitum et curiosum emtorem esse debere, vt pecunia in necessitatem eam, ob quam alienatio facta, vertatur, per *tit. auth.* ibi: *pretio modis omnibus pro debito dando, aliter enim res emtori non conceditur, et hoc inscribatur ad emtoris securitatem, nihil esse factum in ea re ad damnum diuinæ domus.* Id sine dubio peculiariter constitutum est, vt alienatio rerum ecclesiasticarum, quantum fieri possit, restringatur, et præcaueatur. Quoad alios contractus, si *ipsa ecclesia* vel *eam repræsentantes*, contraxere, nullum dubium est, ecclesiam *simpliciter* obligari salua restitutione. Si *administratores* vel *soli prælati* contrahunt, et quidem *qua tales*, in *re* scilicet ecclesiastica, v. c. locando, frumentum ecclesiæ vendendo, emendo etc. ecclesiam ad hanc exceptionem haud esse admittendam, censeo, cum administratorum officio ordinarie insit, vt tales contractus celebrent, et ita *voluntas ecclesiæ* præcedens concurrat. In *mutuo* vel ideo exceptio facta, tum quia iuste ignorari potuit, vtrum etiam *ex veritate* nomine ecclesiæ contractum sit, quod pessimi administratores fingere possunt; tum quia de *consensu ecclesiæ* in mutuum non constat; tum denique ne pessimis administratoribus occasio detur, pecuniam fide ecclesiæ corradendi, eamque postea dilapidandi, quod maxime in prælatis est metuendum, qui luxuriose viuendo, eccle-

ecclesiam grauissimo ære alieno facile obruere possent, si pro lubitu *fide ecclesiæ* mutuum contrahendi potestatem haberent. Tale periculum ex ceteris contractibus ecclesiæ non adeo imminet; qui proinde sub dispositione iuris communis relinquendi, quin quod omne commercium cum administratoribus impediretur, si vbique ecclesia exceptione non factæ versionis tuta foret. Quod de *depositi causa* ex *c. 1. X. depos.* adfertur, ab hoc casu alienum est; neque enim, prout iam monui, depositum ab administratore nomine ecclesiæ, sed ab alio clerico erat susceptum, ex quo nullo modo ecclesia obligari potest, nisi *versio* probata sit. Nec causa fideiussionis huc recte trahitur ex *c. 4 X. de fideiuss.* quo religiosis prohibetur, 1) ne absque maioris partis capituli, et abbatis sui licentia fideiubeant, 2) ne mutuam accipiant pecuniam vltra summam communi prouidentia constitutam, additurque: *alioquin non tenetur conuentus pro his aliquatenus respondere, nisi forte in vtilitatem domus ipsius manifeste constiterit redundasse.* Non tam *casum fideiussionis* quam *mutuum* adducta limitatio tangit, cum vix concipi possit casus, quo *fideiussio*, quæ ordinarie grauat et onerat fideiussorem, possit in emolumentum ecclesiæ redundare. Cui accedit, quod ex aliis textibus liqueat, fideiussionem clericis esse interdictam, maxime vero *religiosis*, vtpote qui ne quidem liberam amplius voluntatem habent.

Versionem probare debet creditor.

§. XIII. Quando ergo exceptio non *factæ versionis ecclesiæ* competit, (1) creditor ante omnia eam probare debet *per auth. cit. hoc ius porrectum*, quæ probatio quomodo ineunda sit, plenius docuit et illustrat B. STRYK. *in V. M. ad tit. de reb. cred. §. 6. seqq.* Hæc exceptio ergo (2) impedit, ne ex instrumento guarentigiato contra ecclesiam executiue procedi possit, quia antequam versio probata fuit, chirographum non est

Ideoque executiue procedi nequit.

est liquidum. Et quamuis BERGERVS *in elect. proc. execut.* *§. 14.* contendat, pupillum ex instrumento a tutore subscripto, executiue conueniri posse, quia pupillus regulariter ex facto tutoris tenetur; de hac sententia tamen dubitandum, quia iuris certissimi est, pupillos ex mutuo a tutore contracto, non aliter teneri, quam versione probata, quae exceptio tamdiu processum executiuum impedit, et recognitionem suspendit, donec creditor versionem probauerit. Atque (3) haec exceptio perpetuo *ecclesiae* competit, tum quia nullibi reperitur ad certum tempus restricta; tum quia exceptiones regulariter sua natura perpetuae sunt. *l. 5. in f. D. de except. dol. mal. et met.* Neque enim, quod nonnulli contendunt, haec exceptio conferri potest cum *non numeratae pecuniae exceptione*, quae intra terminum biennii est inclusa, cum ecclesia, hac exceptione vtens, non neget pecuniam esse solutam aut numeratam, sed *versionem* eiusdem in rem suam impugnet, quae toto coelo diuersa sunt. TRENTACINQ. *cit. l. n. 15. seqq.* Denique (4) si creditor in probatione versionis deficit, ecclesia absoluitur, et regressus ei reseruatur contra administratores. *Nou. 7. c. 6.*

Haec exceptio est perpetua.

§. XIV. Praeterea *singulariter* (II.) ecclesiis indulgent exceptionem non *numeratae pecuniae*, quam, licet alias *ad biennium* restricta sit, ecclesiae tamen *perpetuo* indulgent. Ita censent MANZIVS *in special. iur. comm. voce, ecclesiae fauor n. 32.* et *voce, pia causa n. 27.* et *voce, piorum locor. fauor. n. 7.* BALDVS, ROMANVS, HOSTIENSIS, ANGELVS, FELINVS, aliique allegati a TRENTACINQ. *l. c. n. 16.* Duo omnino sunt argumenta, quibus hanc sententiam muniunt: *primum* est, quod minori perpetuo competat haec exceptio *l. f. C. in quib. caus. in integ. rest. non est necess.* cui quoque ecclesia aequiparari debeat. *c. 1. X. de*

An exceptio non numeratae pecuniae ecclesiis perpetuo competat.

restit. in integr. *Alterum est*, quod lege ciuili hæc restitutio inualuerit, quæ non ligat ecclesiam. Recedit ab hac sententia TRENTACINQ. *l. c.* quod 1) Imperator ex sola æquitate hanc *exceptionem priuilegiatam* inuenerit, ergo si ecclesia vult vti isto priuilegio, debeat ea vti cum sua causa; 2) quod quando lex ciuilis aliquid inducit, et non reperitur aliud statutum in materia spirituali, aut ecclesiastica, attendatur ius ciuile, a quo hoc casu non recessit ius canonicum. Nec hic admittendam esse censet comparationem *ecclesiæ* et *minoris*, *quia contra ecclesiam*, ait, *currit præscriptio*, *et non contra minorem donec est maiorennis*. Sed non desunt, qui iure canonico contra lapsum biennii remedium introductum esse statuunt, scilicet *implorationem officii iudicis*, quod tanquam egregium aliquod inuentum laudandum, commendandum et notandum esse exclamant, teste TRENTACINQ. *l. c. n. 17*. Aiunt: quotiescunque lege ciuili prohibente non potest opponi exceptio, tum datur *officium iudicis*, ecclesiastici scilicet, qui pro *peccato euitando* imploratus generatim succurrit. Hoc est illud egregium remedium, quod extollunt et prædicant, immo quod protestantes subinde imprudenter commendant. Certe, in defectu remedii ciuilis, ad consistoria nostra non datur recursus, quia reuera contra principem, legum auctorem, tale refugium consistorium præberet, quod ei haud est integrum: nec nostra consistoria sunt talia iudicia, in quibus pro saluanda conscientia, *remediis coactiuis* et *externis*, more pontificiorum, vtimur. Neque *officium iudicis*, quod vocant, in foro seculari implorari potest, cum iudex secularis non possit contra leges succurrere, qui *minister* non *arbiter* legis est, nec hoc ipsum patroni huius cautelæ intendunt, qui sub *iudice* ecclesiasticum intelligunt: ergo hanc cautelam e foris nostris merito abesse iubemus.

An contra lapsum biennii officium iudicis competat.

§. XV.

Fundamenta affirmantium, praedictam exceptionem perpetuo ecclesiis competere.

§. XV. Videamus, an duo illa fundamenta stringant, quae in fauorem ecclesiae excogitata sunt. Posterius merito repudiamus, vtpote persuasissimum habentes, in foris nostris leges etiam ciuiles stringere ecclesiam, nisi haec excepta doceatur. Prius alicuius roboris esse videtur; licet enim argumentum a *minoribus* ad *ecclesiam* in vniuersum non probem, admittendum tamen illud in materia *restitutionis in integrum.* Olim currebat haec exceptio contra minores, sed restituebantur in integrum. Hoc correxit IVSTINIANVS *in cit. l. f.* vt ipso iure tuti sint, *melius etenim est*, ait, *intacta eorum iura seruari, quam post vulneratam causam remedium quaerere.* Idem applicandum videtur ad ecclesiam, quae itidem contra lapsum huius biennii in integrum restitui potest, vt minor, adeoque, quod hoc casu *minoribus* indultum, non potest non quoque ecclesiae tributum esse. Verum haec forsan ratio diuersitatis allegari posset, quod minor, quamdiu minor sit, semper restitui possit, et sic consultius visum fuerit, cursum biennii interim suspendere; ast ecclesia non semper restitui potest, sed tantum intra quadriennium, a tempore *laesionis.* Si ergo pecunia ipsi non numerata, et biennium lapsum est, ab illo tempore laesio emergit, et sic intra *quadriennium* restitutionem petere deberet, postea autem excluderetur. Accedit, quod respectu *minoris*, haec exceptio non *perpetua*, sed tantum intra tempora minorennitatis quiescat, mox autem currere incipiat, ab eo tempore, quo XXVI. annum attigit. Posito igitur, minorem viginti annorum chirographum alicui dedisse, sed pecuniam non esse numeratam, tantum intra quinquennium suspenditur haec praescriptio, quo finito, currere incipit. Id vero ad ecclesiam applicari nequit, quae statum nunquam mutat, sed restitutio ecclesiae intra quadriennium non denegatur. Nouo argumento vtitur BRVNNEM. *in iur. eccl. Lib. II. c. 15.*

Argumentum ab exceptione versionis desumtum examinatur.

§. 27. si versio est probanda, utique etiam numeratio, nam sine numeratione versio esse nequit. Ad hoc regero 1) non vbique versionem esse probandam: quid enim si *ecclesia* per se contraxerit? hoc casu vti poterit exceptione *non numeratae pecuniae*, sed non *probandae versionis.* 2) Si hac exceptione vti potest, non necesse habet, exceptionem *non numeratae pecuniae* opponere, quo ipso sibi admodum praeiudicaret. Nam in illa creditor probare debet *versionem*, in hac ipsa ecclesia debitrix docere deberet, pecuniam non esse numeratam, cum contrarium ex chirographo adpareat, adeoque onus probandi in eam deuoluatur per *l. 25. de prob. l. 13. C. de non. num. pec. l. 2. C si pign. conu. l 1. C. de condict. ob turp. caus.* ZOLL. *de except. non. num. pec. c. 5.* nisi forsan *causa debendi* in chirographo non esset expressa, quo casu demum onus probandi in creditorem deuoluitur *l. cit. 25. in f. l. 2. §. 3. de exc. dol. mal.* de quo casu accipi debent *l. 3. et 10. C. de non. numer. pec.* quas Dd. alias generaliter ad quemcunque casum, contra rationem iuris, applicant.

An competat ecclesiae beneficium particularis solutionis.

§. XVI. Tribuunt porro (III.) ecclesiae exceptionem *particularis solutionis*, argumento a *libertate* desumto, in cuius fauorem particularis solutio creditori inuito obtrudi potest *l. 4. §. 6. de stat. liber.* BARBOSA *de iur. eccl. lib. II. c. 13. n. 54.* Sane si aliud deest argumentum, de veritate sententiae dubito, cum iam aliquoties adstruxerim, argumenta a libertate aliisque fauorabilibus caussis, satis esse infirma, cum caussae priuilegiatae haud admittant extensionem. Non inuidendum est ecclesiae hoc beneficium; nec tamen nostrum est, noua beneficia vltra legum determinationem, quae hic deficit, inducere. Facilius sine dubio ecclesiae succurri posset, si principis rescriptum id ipsum specialiter ecclesiae tribueret, id quod facile ab eo impetra-

petrabitur, contra duriores creditores, iuri suo nimis rigorose contra amorem et pietatem insistentes. Sine tali rescripto iudicis inferioris non est, in sententionando creditorem ad *particularem solutionem* accipiendam adstringere. Nec enim audiendus BARBOSA, quando *l. c.* ait, *quod ecclesia, quae contraxit debitum pro vtilitate et necessitate, videatur illud contraxisse pro libertate et redemtione animarum, a manibus diaboli, quoad viuos, et a poenis purgatorii, quoad mortuos*, quae ratio sane indigitat, vnice in fauorem clericorum tale debitum contractum praesumi, vtpote quorum fingitur esse, e manibus diaboli animas post mortem redimere.

§. XVII. Contra indebitum solutum (IV.) ecclesiis tribuunt exceptionem *non competentis actionis*, nisi soluens ex tali solutione ad paupertatem reduceretur. BARBOSA *l. c. 32.* MANZ. *in spec. iur. comm. voce pia causa n. 13. p. 275.* Fundamenta huius sententiae desumuntur (1) *ex auth. similiter C. ad L. Falc.* vbi cauetur, ne Falcidia detrahatur in legatis ad pias causas; verum a cessante Falcidia, ad cessantem condictionem indebiti, est argumentum magis stolidum, quam solidum: (2) ex *§. 7. I. de oblig. quae qs. ex contr. nasc.* vbi denegatur condictio indebiti in legatis ad pias causas. Verum α) ex textu euidens est, non absolute condictionem indebiti denegari, sed tunc demum, si heres per *mendacium* negauerit, aliquid ecclesiae esse relictum, idque in *poenam mendacii*, extra quod non denegatur repetitio, etiam in legatis ad pias causas. β) Non omne, quod in legatis ad pias causas leges *singulariter* constituere, ad *nomina ecclesiastica* trahendum, ne peccemus contra *l. 14. D. de LL.* (3) Forsan argumentum solidius desumi posset ex *praesumta donatione*, quae ex *pietatis respectu* nascitur *l. 32. D. de condict. indeb.* Sed qui *soluit*, non habet

An contra ecclesiam cesset condictio indebiti.

 animum

animum donandi, qui in dubio non præsumitur. Nec talis *pietatis respectus* hic adest, qui in *cit. l.* supponitur, quæ ibidem στοργὴν *naturalem* denotat, vnde alias leges animum donandi inducunt *l. 34. D. de neg. gest.*

Habet ecclesia debitrix beneficium vsurarum minorum.

§. XVIII. Rectius sine dubio (V.) ei tribuitur beneficium *vsurarum leuiorum* seu *minutarum*, quando ære alieno admodum obruta est. Quodsi enim creditor debitum vrget, et ex *mobilibus* debitum solui nequit, res immobiles creditori dari possunt specialiter pignori, *quarum fructus creditor sibi reputet tam in sortem quam vsuras, vsque ad quartam centesimæ.* Ita disposuit IVSTINIANVS *in auth. hoc ius porrectum C. de S. S. eccl.* et in fauorem ecclesiæ singulariter vsuras ad quadrantes (3. pro cent.) restrinxit, vt eo facilius ex redituum perceptione debita ecclesiastica tolli possint. Pro subleuanda enim inopia debitorum, principi ius competit, non tantum vsuras *præteritas*, sed etiam *futuras*, ex iusta causa, minuere, et acerbitatem creditorum ex humanitate temperare. MEVIVS *in disc. leuam. inop. debit. c. 4. sect. 6. n. 6.* prout factum esse apparet in *R. I. nou. de a. 1654. §. 173. seq.* Multo magis ergo ecclesiis depauperatis succurrendum fuit, in quibus maior ratio, quam ceteris debitoribus, occurrit. Vnde et *cit. R. I. §. 174. in f.* ab ordinario vsurarum cursu excipiuntur causæ piæ, saluo tamen arbitrio iudicis, quod explicat et illustrat HAHN. *in pec. tr. ad cit. R. I. §. 170. seq. p. 463.*

Item beneficium dationis in solutum.

§. XIX. Quod si creditor bona ecclesiastica, sub his conditionibus oblata, accipere nolit, distrahenda sunt, et emtore non reperto (VI) ecclesiæ datum est beneficium *dationis in solutum*, in *cit. auth.* vbi ita: *emtore non inuento, res æstimata districte creditori detur in solutum,* sine vlla scilicet noua

inter-

interueniente solennitate, vtpote quae iam antea, vbi ad distrahendum publice proposita erat, interuenerat. Verum beneficium hoc ecclesiae haud est proprium. Aliis iam dudum debitoribus idem communicatum est in *Nou. 4. c. 3.* in simili casu, vt si emtor rerum immobilium repertus non fuerit, secundum quantitatem debiti dentur in solutum, vt tamen creditori salua sit electio, quasnam res in solutum accipere malit, quod confirmatum est in R. *I. de anno 1654. §. 172.* In hoc forsan posset ratio diuersitatis adferri, et quidem ex ratione rerum ecclesiasticarum, quae liberae dispositioni minime ita subsunt. Colligo id ipsum ex processu, quem *cit. auth. hoc ius porrectum*, praescribit iniungitque. Iubet (1) debitum solui ex mobilibus: id si fieri nequit, (2) res immobiles specialiter dandae sunt pignori, vt fructus inde creditor percipiat, id vero non potest fieri sine causae cognitione huc vergente, vt inquiratur, an debitum vrgens adsit? an res sit alienanda? vel oppignoranda? quae sit oppignoranda? de quo Consistorium decernit. Si pignori rem talem accipere nolit, (3) hastae subiicienda est, et denique (4) emtore non reperto, creditori in solutum danda. Sed adhuc euidentius creditoris restrictior potestas circa electionem rerum alienandarum exprimitur his verbis: *Sit tamen ea res mediocris, inter ceteras, inspecta ipsius quantitate et qualitate et onere.* In hoc ergo priuilegium habet ecclesia, quod res in solutum danda non permittatur electioni creditoris, vt in aliis debitis alias iuris est, BRVNNEM. *lib. 2. iur. eccl. c. 15. §. 30.* quod expressius adhuc in *Nou. 120. c. 6. §. 2. in f.* declaratur, his verbis: *quod autem praebetur in hoc immobilis res, non per electionem creditoris detur, sed secundum aequitatem: aliud quidem fructiferarum, aliud vero possessionum sterilium eiusdem venerabilis domus.*

§. XX.

Item cessionis beneficium.

§. XX. Denique (VII.) tribuunt etiam ecclesiæ obæratæ beneficium *cessionis* et *competentiæ*, si ad concursum prouocare malit, id quod facere potest. BRVNNEM. *de concurs. cred. c. 1. §. 5.* ibique B. STRYK. *in notis, voce ecclesiæ.* Quod bonis cedere possit, non adeo dubium habere videtur, quamuis enim contra squalorem carceris hoc beneficio non indigeat, *liberanda tamen a molestiis creditorum*, vt ait B. STRYK. *l. c.* Immo hoc quoque conuenit iustitiæ, quam ecclesia inprimis ob oculos habere debet; ne alias, qui prærogatiuam quandam in solutione habent, cessione non facta, postponantur. Moto itaque concursu, bona ecclesiastica hastæ subiicienda sunt, decreto interueniente, aliisque solennibus adhibitis, de quibus interpretes plenius agunt, ad *tit. X. de reb. eccl. non alien.* Speciatim vero hanc materiam excutiunt TVRRICELLIVS et REDOANVS. Ad iustas alienationis causas primario pertinet *æs alienum*, quæ eo magis necessaria est, si præterea concursus motus fuerit, quamuis etiam in hac alienatione solennia non sint negligenda, obseruante B. STRYKIO ad BRVNNEM. *tr. de conc. cred. l. c.* de quibus tamen hic agendi non est locus.

An et in quem finem ei beneficium competentiæ indulgendum.

In quem finem autem ecclesia, tanquam quædam vniuersitas, indigeat *beneficio competentiæ*, non adeo liquet. Si dicis, clericis esse necessaria vitæ alimenta relinquenda, facile in suspicionem deduci possumus, nos quoque *ecclesiam* constituere in *clericis.* Vnde res hoc modo temperari potest. Aut fundationes sunt destructæ v. c. monasteria, aliaue sodalitia, quo casu non supersunt, quibus de necessariis vitæ prospiciendum est, sed bona simpliciter creditoribus sunt cedenda; aut vero ecclesiæ adhuc saluæ sunt, et functiones ecclesiasticæ necessariæ continuantur, quo casu æquum piumque est, vt reditus necessarii relinquantur ministris ecclesiæ, si aliunde eis prospici nequit, veluti si parochiani quoque depauperati sunt. Nec

enim

enim ferendum est admittendumque, vt ecclesia prorsus destruatur, quo creditoribus satisfiat, id quod non tam ex beneficio *competentiae* fieri credendum est, sed potius ideo, ne ecclesia destruatur, reipublicae maxime necessaria, cui priuata commoda cedere debent: nisi forsan ecclesia, die Gemeinde, alii commode vniri possit, tunc enim cessat omnis ratio, ob quam creditoribus satisfactio denegari debeat, etiam de iis bonis, quae ad sustentationem pastorum destinata sunt, de quo consistorio arbitrium relinquendum. Nam inter *iustas* vnionis *causas* etiam referunt, si ecclesia debitis et oneribus intolerabilibus grauatur, propter quae etiam beneficia supprimi queunt. TVRRICELLIVS *de vnion. benef. c. 8. n. 6.* B. SLEVOGT. *de vnion. eccl. p 26. seq.* Ex quo patet, minime *beneficium competentiae* hic allegari posse, sed aliunde hanc rem aestimandam esse.

§. XXI. Quemadmodum itaque *ecclesia debitrix* variis munita est priuilegiis, contra creditores intuitu inprimis rerum ecclesiasticarum, quae sedula cura conseruandae sunt; ita pacta, quae creditores in bonorum grauamen adiicere solent chirographis, intuitu ecclesiae reprobant, quorsum referunt pactum de ingrediendo *l. 3. C. de pign.* Hoc contra ecclesiam debitricem non valere aiunt, propter rerum ecclesiasticarum fauorem ac tuitionem, quae Deo sunt consecratae, et ad ius sacerdotum vel Dei spectant *c. 3. c. 12. q. 2.* HANZIVS *in spec. iur. com. voc. ecclesiae fauor. n. 71.* Ratio adducta magni momenti esse videtur, interim a superstitione haud est aliena. Proinde rem aliunde aestimamus. Omne pactum de *ingrediendo* regulariter praesupponit *hypothecam specialem* vel *generalem.* Generalis quidem in bona ecclesiastica constitui potest, sed non pignus, nec quod iuri pignoris simi-

An valeat contra ecclesiam debitricem pactum de ingrediendo.

le eſt, quale reuera eſt *pactum de ingrediendo*, quippe quod tribuit facultatem, vt ſtatim auctoritate iudicis poſſeſſionem adipiſci queamus. Cum ergo ad alienationem, vel quod alienationis ſimile eſt, tendat, de iure aliter ſubſiſtere nequit, quam ſi præuia cauſæ cognitione & decreto magiſtratus hypotheca ſpecialis cum hoc pacto creditori ſit tributa, quo caſu iuxta analogiam iuris demum effectum ſuum haberet.

An ecclesia heres, neglecto inuentario, teneatur, vltra vires hereditarias.

§. XXII. Denique eccleſiæ, quatenus heres eſt, circa nomina, in hereditate reperta, iura ſingularia adſignant. Heres cum defuncto habetur pro vna eademque perſona, et ad omne æs alienum tenetur, ſi vel maxime vires patrimonii tranſcenderit, ſi absque beneficio inuentarii hereditatem adeat *l. f. C. de iur. delib. N. 1. c. 2. §. 5. I. de hered. qual. et diff.* LAVTERBACH. *de inuentar. hered. §. 23.* Eccleſiam *heredem* ab hac regula excipiunt, quam, etiamſi beneficio inuentarii vſa haud fuerit, vltra vires hereditatis, non teneri aſſerunt. TVSCH. *lit. H. concl. 58. n. 24.* ex hac forſan ratione, quod milites hoc iure ſingulari gaudeant iuxta *l. f. C. de iure deliber. in f.* quorum iura eccleſiæ quoque communicata eſſe arbitrantur, ſecundum ſententiam BARBOSÆ *lib. II. iur. eccl. cap. 13. n. 3. ſeq.* Hoc tamen argumentandi genus illicitum eſſe, ſæpius iam dixi: non eſt noſtrum, priuilegia vltra tenorem iuris extendere, præſertim cum ne quidem priuilegium, quod militibus *in cit. l. f.* tributum, omni contradictione vacet, ob *Nou. 1. c. 4. in f.* vbi lex communis *de beneficio inuentarii* ad omnem perſonam, etiam *militarem* et *ſacerdotalem*, eſt extenſa. Interim tamen alia ratione iura eccleſiæ ſalua et intacta præſtari poſſunt. Nam 1) in plerisque locis inuentarii vicem ſubit *ſpecificatio iurata*, habetque effectum inuentarii, ſub qua eccleſia quoque poſſit eſſe tuta; vel ſi de praxi vniuerſali huius

huius dogmatis dubitatur, non tamen 2) omissio beneficii praeiudicat ecclesiae, quae, si hereditas non soluendo reperiatur, facile impetrare potest *restitutionem in integrum* contra aditam hereditatem, quia sic de laesione manifestissime constaret. Plura adhuc a Dd. adferuntur vel potius finguntur iura singularia, quae examinare et recoquere nolo, cum secundum asserta fundamenta facile diiudicari possint.



EXERCITATIO XLV.

AD PAND. LIB. XII. TIT. I.

DE

CLERICO DEBITORE.

PRAEFATIO.

Solue, quod debes, aequissima vox est, ipso iure gentium commendata, recte ait SENECA *de benef. L. III. c. 14.* Quid mirum inde, clericis, ex contractu alioque negotio licito debitoribus, eandem saepissime cantilenam creditores occinuisse? Non enim in ea viuimus amplius aetate, vbi (vti tempore Regis SALOMONIS illud contigisse testantur sacrae literae *1. Regum cap. 10. vs. 27.*) *argentum redditum est, vt lapides;* cum potius, et clericos, et laicos durissi-

mo paupertatis iugo oppressos lugere, nostrumque æuum verissime in tempore seculi ferrei poetarum incidisse, experientia næ nimium! comprobet. Aequissimum inde reuera fuit, quod miseris debitoribus diuersimode a legibus et doctoribus solamen præstitum sit: ne scilicet afflictis adderetur afflictio, auarique creditores inde malitiæ suæ promouendæ occasionem arriperent. Idcirco eadem in legibus Imperii passim, præsertim vero in *Rec. Nouiss.* 1654. §. Nachdem auch in dem Friedens-Schluß. *et Instrum. pac. Westphal. art. VIII. §. de indaganda*, repetita videntur. Sed vtut hæc in genere expedita, et clericis et laicis communia sint; maxima tamen, circa iura et priuilegia *clerici debitoris* determinanda, enascitur difficultas; adeo vt, consideratis mire variantibus Dd. opinionibus et eorum nimio quandoque partium studio, hic merito vetus illud dicterium applicetur: *hic Rhodus, hic salta.* Ideo est, quod in veram *clerici debitoris* indolem, eiusque peculiaria iura et immunitates, (quatenus ex iure, tam ciuili quam canonico, probari queunt, ac nostrarum ecclesiarum statui conformia sunt) inquirere constituerim. In quo assequendo, vtrum bene, an male steterim, tui erit B. L. iudicare.

CAPVT

CAPVT I. PRAELIMINARE.

DE

ORIGINE ET PROGRESSV PRAEROGATIVARVM CLERICALIVM.

ARGVMENTVM.

§. I. Veneratio sacerdotum apud Gentiles, II. et apud Christianos. III. Imperatorum liberalitas in priuilegiis iisdem concedendis, IV. ipsis imperantibus noxia reddita. Inde primatus papalis et praerogatiuae clericorum prae laicis. V. Horum Iura praecipua in Germania promota ex iuris can. receptione: VI. immutata admodum per reformationem Lutheri. VII. Transitus ad argumenti expositionem.

§. I.

Auctoritas sacerdotum apud gentiles.

Quemadmodum plerisque quondam gentibus maxima cultus diuini reuerentia; ita et *sacerdotum*, qui huius inprimis curam gerebant, *peculiaris* inde existimatio. Quae etiamsi alibi maior, alibi minor, vbique tamen *insignis* exstitit a) Quando enim sacerdotes,

maximis abusibus ansam praebuit.

In specie apud Vandalos. Aegyptios. Romanos.

a) Apud *Vandalos* tanto in honore sacerdotes fuisse, vt regibus aequipararentur, obseruat HELMOLD. L. I. c. 6. et 37. et L. 2. c. 2. Apud *Aegyptios* secundum a rege obtinebant locum. DIODORVS *Sicul.* L. 1. c. 73. *Romani* vero praecipue summa veneratione sacerdotes suos pro-

tes, ſingulare cum Diis commercium ſibi intercedere ſimulantes, quæ Deorum eſſet voluntas, ſæpius monerent, rudior plebecula, *ſpecioſo pietatis colore* capta, ab ipſorum potius quam ducum nutu pendere maluit. Vnde etiam priuatas ſuas altercationes illorum arbitrio, tanquam æquiori, ſæpius ſubmittebant b). Eisdem denique ſacerdotibus Deos aut fauentes, aut iratos *pro lubitu* præſtantibus res illuc peruenit, vt expediendis maxime arduis reipublicæ negotiis ſacrificuli tantum non omne momentum afferrent, nec quid tuto ſine eis agi, aut intermitti poſſe, perſuaſum eſſet c) Quamobrem vſitatiſſimum eſſe cœpit, vt ipſi ſummi imperantes eminentiſſi-

vſita-

Apud Gallos.

Pontifices apud Romanos omnia fere poterant.

profecuti fuere. Cuius rei locupletiſſimum adfert teſtimonium *lex Auguralis*, quæ extat apud CICER. *L. 2. de LL.* huiusmodi: *Interpretes Iouis optimi maximi, publici augures ſignis et auſpiciis poſtea vidento: diſciplinam tenento: ſacerdotes vineta, virgetaque, et ſalutem populi augurante. quique agent rem duelli, quique populare auſpicium pramonente: oblique obtemperanto: diuorumque iras prouidento, iisque parento: cœlique fulgura regionibus ratis temperanto: vrbemque, et agros, et templa liberata, et effata habento: quaque augur iniuſta, nefaſta, vitioſa, dira dixerit, irrita. infectaque ſunto: quique non paruerit, capitale eſto.* De moribus *aliarum gentium* vid. CLVVER. *L. 1. Antiqu. German. c. 24.* ALEX. *ab* ALEX. *Gen. Dier. L. 2. c. 8.* vt et in ſpecie de maioribus noſtris ARNKIEL. Cimbriſche Heyden-Religion. *c. 31.* Add. DVAREN. *Comment. de Sacr. eccl. min. L. 5. c. 10. p. 186.*

b) de *Gallis* teſtatur IVLIVS CAESAR *de bello Gall. lib. 6.* apud eos iudicia a Druidibus exercita fuiſſe.

c) Apud Romanos *pontificum autoritas* illud teſtatur, quæ certe maxima in plerisque, etiam ciuilibus, cauſis cerni potuit. vid. ALEX. *ab* ALEX. *alleg. l.* Vnde CIC. *in Orat. pro domo ſua* pontifices ita alloquitur; *Cum multa diuinitus pontificibus a maioribus noſtris inuenta atque inſtituta ſint, tum nihil præclarius, quam quod vos eosdem, et religionibus Deorum immortalium, et ſumma Reip. præeſſe voluerunt, vt ampliſſimi et clariſſimi ciues rempublicam bene gerendo, pontifices religionem ſapienter adminiſtrando, rempublicam conſeruarent. Quod ſi vllo tempore magna cauſa in ſacerdotum populi Romani iudicio ac poteſtate verſata eſt: hæc profecto tanta eſt, vt OMNIS REIPVBLICAE DIGNITAS, OMNIVM SALVS, VITA, LIBERTAS, ARAE.*

mo ſacerdotii munere defungerentur d), atque hoc modo, quod, vt *principes*, obtinere non poterant, tanquam *voluntatis diuinæ interpretes* metu Numinis a populo conſequerentur.

§. II. Si ergo apud *ethnicos* ſacerdotalis dignitas tanti ſemper habita fuit, quid mirum, in primitiua *Chriſtianorum* eccleſia verbi diuini miniſtros ſingulari non minus veneratione exceptos fuiſſe? Ex quo enim ius docendi et ſacramenta adminiſtrandi *ordinis gratia* eis ſpeciatim demandatum fuerat e), *veteris ſacerdotii* ſimulacrum pedetentim referre cœperunt, priſtinam, ſi non maiorem, illius poteſtatem reducere anhelantes f). Accedebat opinio *pietatis*, *ſanctitatis* et *integritatis*

Inde clericorum veneratio apud Christianos.

ARAE, FOCI, DII PENATES, BONA FORTVNAE, DOMICILIA, VESTRAE SAPIENTIAE, FIDEI, POTESTATIQVE COMMISSA et credita eſſe videantur, vid. ROSIN. *Antiq. Roman. L. III. c. 22.* Non infringunt dicta, quod ſacerdotes in Rep. Iudaica æque magnam circa adminiſtrationem Reip. poteſtatem habuerint: quoniam hanc rempublicam Deus peculiari prorſus ratione per ſacerdotes dirigebat, qui vice ſua iudicia legis exercerent, ita vt neceſſario ad expedienda negotia ciuilia concurrere debuerint: de quo egi in *orig. iur. eccl. Cap. XIII. §. 1. etc.* Conf. ARNKIEL. *c. l. §. 20*

d) NVMA POMPILIVS eius rei apud Romanos auctor fuit vid. ROSIN. *d. l.* Aliud illuſtre exemplum exhibet *Melchiſedec*, Rex Schaleml, qui dicitur fuiſſe *ſacerdos Deo forti, excelſo.* GENES. XIV. v. 18. AVGVSTVS quoque aliique inſequentes Imperatores nec pontificium munus recuſarunt, vt ex numiſmatibus, SVETONIO, TACITO, aliisque autoribus conſtat. vid. ZOSIMVS *in Gratian. et Theodoſ. fol. 761.* SELDENVS *de Synedr. L. 1. cap. 10.* Ægyptios quondam non niſi ex *ſacerdotibus* ſibi *regem* elegiſſe obſeruat ex ROSSEO *P. XV. de Relig. mund. q. penult. p. 682.* ARNKIEL. *d. l. § 6.* GVTHERVS *de vet. iur. pontif.* SAMVEL PITISCVS *in Lexic. antiq. Roman. voc. Pontifex maximus, et voce, ſacerdos.*

Idem in Rep. Iudaica, ſed alia ex ratione, obtinuit.

e) *HILARIVS in Comment. ad Epheſ. IV.* Conf. *ius Eccl. Proteſt. L. I. tit. XXXII. § 29.*

f) Quantum opinio de *continuato hoc ſacerdotio* Chriſtianæ eccleſiæ damnum dederit, vix dici poteſt. Inde enim *independentia cleri*, eiusque exorbitans dignitas, excellentiaque inprimis deductæ. Conf. omnino ANDR. de SAVSSAY *in panoplia ſacerdotali, ſeu de venerando ſacerdot*

Exempla regum ſacerdotum.

Vetus ſacerdotium Chriſtianis haud conuenit.

Pietatis praesumptione captos. *tis morum*, qua prae ceteris inclaruerunt, vt laici se lubentes illorum directioni submiserint. Vnde tum lugente adhuc sub Imperatoribus ethnicis ecclesia, tum sub christianis Imperatoribus florente, ad controuersias inter priuatos exortas componendas *iudicia ecclesiastica* g) exercebant; quo ipso insignis accessio ad eorum autoritatem fiebat, illorumque *ambitio* commodiorem se exserendi occasionem nanciscebatur h).

§. III.

Ambitio clericorum. *cerdot. habitu, eorum multiplici munere ac officio in ecclesia Dei.* VITRINGA *de synagog. in prolegom. p. 69.* vbi *seq. p. 70.* eleganter tradit, quatenus sacerdotum nomen clericis Christianis accommodari possit. Add. ZIEGLER. *de episcop. Lib. 1. cap. 1. §. 5. et seq.*

Origo iudiciorum ecclesiasticorum. g) De quibus NICEPHORVS *Lib. VI. Histor. eccles. c. 46.* hunc in modum loquitur: *Cum odia et contentiones gliscerent inter eos, in quibus minime oportebat, indignumque videretur omnibus, Christianos coram ethnicis litigare, moniti sunt, vt relicto paganorum foro paterno praesulum iudicio acquiescerent.* Idem iam modo PAVLVS *1. Cor. VI. v. 1.* Corinthiis inculcarat, cuius rei seriem peculiari dissertatione explicuit SAM. BASNAGE *de eccles. tribunali.* Conf quae iam in rem exposui in *orig. iur. eccl. cap. IV. § 5 .. 9. et cap. XX.* et in *dissert. iur. eccl. antiq. tertia ad Plin. sec.* et LVDOVICI *Consistorial* Proceß *cap. 1. §. 16.* NAEVII Priester-Recht *cap. VI. §. 4.* ZIEGL. *alleg. tr. L. III. c. 30. §. XXV - XXXIII.*

h) Ab hoc enim inprimis tempore dignitatem suam regiam longe exsuperare, clerici contenderunt. Hinc est, quod AVCTOR *Epist. ad Smyrneos*, (quae IGNATII nomine circumfertur, sed ab humilitate huius sanctissimi viri aliena videtur) scribat: *Honora, fili, Deum et regem. Ego vero dico, honora Deum, vt omnium autorem et dominum, episcopum autem, vt principem sacerdotum, imaginem Dei referentem: Dei quidem propter principatum; Christi vero propter sacerdotium.* Et CHRYSOST. *Homil. III. in cap. VI. Esaia* ita loquitur: *Si vis videre, quantum absit rex a sacerdote, expende modum potestatis vtrique tradita, et videbis sacerdotem multo sublimius rege sedentem: admirandus videtur thronus regius, sed rerum terrenarum administrationem sortitus est: sacerdotis thronus in caelo collocatus, de caelestibus negotiis habet pronunciandi autoritatem.* Alia loca, quae huc spectant, adduxi in *iur. eccles. Protest. L. 1. tit. XXXI. de Off. Iud. Ord. §. 31.*

Imp. Christiani clericis plura concesserunt priuilegia.

§. III. Quanquam CONSTANTINO M. sese fidei Christianæ adiungente, ecclesia sub tutela secularis imperii esse cœpisset, ideoque clericorum status plurimum fuisset immutandus; siquidem nulla amplius aderat necessitas, episcoporum arbitrio omnia in ecclesiasticis permittendi, vbi principes ipsi summam ecclesiæ curam gerere poterant i): Constantinus tamen eiusque successores Christiani, nimio religionis fauore, aut potius rationibus politicis ad id inducti, clericorum directioni plerasque res ecclesiasticas reliquere k); illos præterea insignibus priuilegiis, multaque præ laicis prærogatiua donantes l). Neque animaduertebant, quantum aliquando reipublicæ, immo et successoribus suis detrimentum ex tali conniuentia, totque cum clero communicatis iuribus et priuilegiis exoriturum esset m). Siquidem inde

Quibus clerici deinde in præiudicium Imp. abusi sunt.

i) Vid. *ius eccles. loc. cit.* §. 31.

k) Primo enim *puncta fidei controuersa* ecclesiasticis examinanda et decidenda commiserunt; 2) nimia præterea *in matrimonialibus et excommunicatione* ipsis concessa potestas; 3) *episcopalis* denique *audiensia* in vsu remansit, quæ iurisdictioni ecclesiasticæ deinde ansam dedit. Vid. PVFFENDORFF. Einleitung zur Historie. *Tom. 1. Cap. XVIII.* §. *12. etc.*

l) Extant huius rei plurima in codice repetitæ prælectionis vestigia, quæ separatim consignauit CORVINVS a BELDEREN in libro, cui titulus, *Iustinianus Catholicus.* Add. ZIEGLER. *de Episcop. Lib. III. cap. 30.* §. *XXXIV. etc.*

m) Inde est, quod Imperatores Christiani, inprimis vero CONSTANTINVS M. apud plurimos ob intempestiuam, et nimiam liberalitatem suam male audiant. CONSTANTINVM M. enim independentiæ clericorum fundamenta posuisse volunt, quando eos in Concilio Nicæno ita allocutus est: *DEVS constituit vos sacerdotes. Vos a nemine iudicari potestis, quia solius DEI iudicio reseruamini, dii etenim vocati estis, et id circo non potestis ab hominibus iudicari.* Enim vero in hoc ipso Cæsarem excusationem mereri, aliis persuasum est. PVFFEND. *alleg. cap. XVIII.* §. *12.* Sed vid. THOMASIVS *in Obseruat. ibid.* Conf. *c. continua 5. et c. sacerdotibus 41. C. XI. Qu. 1. Item c. futurorum. 15. C. XII. Qu. 1.* ZIEGLER. *cit. cap. 30.* §. *XLI.*

Quid clerici sub primis Christianis Impp. potuerint.

Constantinus M. independentia clericorum fundamenta iecit.

inde n) hic occasionem arripuit, potentiæ suæ limites latius extendendi, ipsorumque Imperatorum, benefactorum suorum, iura collabefactandi: quamuis summa rerum nihilo minus penes Imperatores salua adhuc remanserit. o)

Quod quidem plerique egerunt.

§. IV. Sicuti ambitio hominum nullis sese constringi terminis patitur; ita illud corrupta iam ecclesia, præcipue in clero animaduertere licuit. Imperantes enim vbi iura sua admodum negligenter penitus fere dimiserant, plebs autem incauta in clericorum partes facile secesserat, episcopi tandem se supra reges et principes extollere annisi sunt p). Inter hos post

Inprimis vero episcopus Romanus.

Nimia clericorum benefica hierarchiam pepererunt.

n) *Florentissimis enim rebus conuersa fuere in amplissimas dignitates ecclesiæ ministeria, factique ad hierarchiarum imperium et honorum aucupia gradus, postquam accensa et continuata cupiditas largo vbereque prouentu ex profusionibus immodicis principum, et prodiga credulitate fuerat.* SPANHEIM *de christianismo degenere.* Ea de causa clericos, vt ingratos, accusat MONZAMBANO *de Stat. Imp. Germ. Cap. III.* §. 10. inquiens: *Enimuero, procul id genus hominum Imperii in alios auidissimum, cæterorum in se potestatem ægerrime inuenit ferre; ita hoc vnum ad perfectam felicitatem deesse videbatur, quod in imperatoris manu foret, tam luculenta beneficia distribuere, qui eam ob causam peculiariter obstricti cogebantur viuere. Ni sanctissimi ordinis reuerentia obstaret, improbissimos mortalium dicerem, qui munificentia imperatorum, vti euentus ostendit, valde inconsulta, ad destruendam fastigium imperatorium sunt abusi. Nec libertate dignum putauerim, qui manumissorem in patroni locum colere aspernatur.* Plura exposui in *obseru. sel. ad P. de Marca de C. S. et I. lib. IV. C. 2. §. 1. p. 96.*

Episcopi Imperium secularis potestatis recusant.

o) Huc pertinet elegans locus apud GEBHARD. THEODOR. MEYER. *histor. relat. de canon. collect.* §. 2. vbi ita: *Ex quo ecclesia sub Christianis imperatoribus hospitari, et iam sub Constantini imperio respirare ere cœpit, nescio, qui factum, vt luxus et superbia, vanitates et defectus, alii eam infestarint, et mirum quantum vexarint. Praui isti mores multa de rebus canonicis peperere decreta, et sanctiones, quarum magna pars a synodis autoritatem canonicam, ab* IMPERATORIBVS VIM LEGVM *obtinuisse legitur.*

p) Conf. *I. E. Diss. prælim.* §. *XVI. alibique passim.* De temporibus Cyrilli conquerens SOCRATES *lib. VII. histor. eccles. c. 7.* ait: *Ex eo tempore episcopos Alexandrinos sacerdotalem*

post longas altercationes episcopus Romanus primatum q) demum obtinuit, et vltra fines sacerdotii progressus in dominationem degenerauit r). Qui, vt eo felicius incautis imponeret, vicariatum DEI in his terris affectans, se ipsum cum Omnipotente comparare cupiit, s) ne vllam in posterum autoritatem secularis potestas in eum exercere auderet; ex coque vt omnes magistratus, singulasque gentes iuxta leges suas viuerent,

lem gradum atque ordinem supergressos, principatum quendam obtinere, et pro imperio agere cœpisse. ARCADIVM imperatorem INNOCENTIVS P. R. a sacra communione commouit, quia consenserat, vt Ioannes Chrysost. a sua sede pelleretur *can. duo sunt 10. distinct. 96.* AMBROS. quoque Valentiniano iun. satis audacter obiicere non erubuit: *independenter iurisdictionem se tenere; immo in causis fidei episcopos solere de imperatoribus, non imperatores de episcopis iudicare*, prout ex *epistol.* eius ad *dictum imperatorem* patet. Quæ sequioribus temporibus imperatores a pontificibus perpessi sint, omnes eius æui historici referunt, vid. etiam *infr. § V. in not. lit. h.*

q) Arcanas artes, quibus ad illam auctoritatem, et enormem potentiam, qua nunc pollet, episcopus Romanus peruenit, egregie detegunt MORNAEVS *in mysterio iniquitatis*, HEIDEGGERI *historia papatus*, aliique. vid. ZIEGL. *de episcopis lib. I. cap. VI.* Quæ autem iura sibi ex hoc *suprematu vniuersali* vindicet, recensui in *I. E. Lib. I. tit. XXXI. §. 18. p. 720.* Originem huius primatus tradit ONVPHRIVS PANVINIVS *ad Platin. sub* BONIFAC. VIII. *fol. 86 Processu temporis*, inquit, *et praesertim post Photium patriarcham Constantinopolitanum, vtraque parte connuente, illud vsurpari cœptum, vt ambo episcopi, scil. Romanus et Constantinopolitanus, œcumenici, i. e. vniuersales appellarentur; hic quidem vniuersalis patriarcha etc. ille vero* VNIVERSALIS PAPA. *Additumque, vt papa nomen solus Romanus pontifex, cum ante commune esset omnibus episcopis, retineret; quo vno et papa tantum, particulari nomine potestatis eius dignitas et supra caeteras ecclesias vetus praerogatiua designaretur.*

r) SOCRAT. *cit. l. cap. IX.* Conf. *cit. orig. iur. eccles. C. VII.* ZIEGLER *alleg. cap. VI.*

Origo et arcana primatus Roman. Pontificis imperium vniuersale, et eminens.

s) Vid. *can. 7. et 9. distinct. 96.* Add. *c. 4. 5 et 10. ead. distinct.* Vix credibile vero est, quanta in hoc passu fuerit pontificum Romanorum arrogantia. Non solum enim differentiam tantam inter se et reges intercedere consueuerunt, quanta inter *solem* et *lunam* conspicitur iuxta *C. 6. X. de maior. et obed.* Sed et imperium in omnes creaturas sibi arrogare ausi fuere.

Dum priuilegia cleri adauxit.

uerent, edixit, etiamsi iugum imponant, vix ferendum t). Ad firmandam autem hierarchiam pontificum quam maxime intererat, dignitatem clericalem u) quouis modo promouere, tantamque clericis prærogatiuam præ *laicis* tribuere, vt inde seculari potestati nihil fere in ipsos autoritatis remaneret, atque singuli laici in seruitutem quandam tantum non detruderentur. Idcirco clerum, tanquam *sortem* et *hereditatem DEI* x), ab omni potestate ciuili exemit, solisque iudicibus ecclesiasticis, submisit y). Inde est, (1) quod clerici ab onere tutelæ, aliisque muneribus personalibus sint immunes z); (2) quod peculium

Expressa in iure canonico.

fuere. Quorsum pertinet, quod BONIE. VIII. *in c. 1. Extrauag. comm. de maior. et obed.* ait: *Subesse Rom. pontifici omnem creaturam humanam declaramus, dicimus, definimus, et id omnino esse de salutis necessitate pronunciamus.* Glossa autem impiissime papam DOMINVM DEVM NOSTRVM appellare haud erubuit. Cui plura hac de re perspicere lubet, adeat THOMAS. *dissert. de cler. foro compet. C. 1. §. 13. etc.* LVDOV. *Consistorial-*Proceß *c. 1. §. 19.* NAEVII Priester-Recht. *c. 1. et 11.* *M. A. de DOMINIS lib. VI. de repub. eccl. cap. III. §. 19.* vbi contra SVARESIVM vicariatum pontificis defendentem egregie disputat.

Impudentia Glossæ.

t) *Can. 3. et 4. Distinct. XIX.*

u) Clericorum existimatio tum præcipue maxima esse cœpit, postquam doctrina de *Transsubstantiatione* ecclesiam inuasit. Cuius inuentionem nouitiam demonstrat CASAVB. ad BARONII *annales exerc.* XVI. *th. 28. p. m. 443.* Vid. TILLOTSON. *Traite contre la Transsubst.* et THOMAS. *cautel. Tom. I. c. XIX. §. 9. et 11. Tom. II. cap. XV. §. 14.* Conf. *Cathol. veter. consensus Art. VII. cap. 2. et 3.* Illuc quoque referenda, quæ CASAL. *de sacris Christianorum ritibus P. II. c. XXVII. p. 153.* habet: *Magna*, inquit, *est sacerdotis dignitas, potentia magna: dignitas supra regiam, potentia supra angelicam: cum ad sacerdotis verba, e pane et vino caro Christi et sanguis statuuntur in altari: ante enim prolationem verborum Christi erat panis et vinum: vt primum consecratoria verba sacerdos protulit, non iam panis et vinum, sed corpus Christi est. Quasi sacerdotis voluntati obsequatur DEVS, et se sistat ad imperium eius.*

Dogma de transsubstantiatione cleri auxit existimationem.

x) *Can. 1. Dist. XXI. cap. 16. X. de prebend.*

y) Vid. infra *cap. 11. §. 2. et 3.*

z) *Can. 40. C. XV. Q. 1. Can. 4. C. XXI. Qu. 3.* Add. *Nou. 123. §. DEO autem. Auth. Presbyteros C. de Episc. et Cler.*

peculium quasi castrense ipsis concessum a); (3) quod personæ eorum in speciali præsidio et tutela legum constitutæ b); neque (4) ciuitatum necessitatibus, etiamsi laicorum facultates haud suppetant, inconsulto pontifice subuenire teneantur c). Vt alia reticeam priuilegia, quæ passim in corpore iuris canonici clericis indulta reperiuntur, et a canonistis admodum aucta sunt d). Ad eneruandas vero leges ciuiles pontificum intentioni contrarias, expresse in decretalibus e) statutum, vt omnes inutiles habeantur consuetudines, quæ aliquo pacto *libertatem* et *immunitatem* ecclesiasticam violant, id est, quæ principibus laicis potestatem quandam in res aut personas ecclesiasticas indulgent: quia cum rerum spiritualium tractandarum habeantur incapaces, ratione destituta censetur consuetudo, quæ rerum conditionem euertit: ideoque nullo tempore, etiam immemoriali, vires obtinere potest, vti docent plerique iuris canonici interpretes f).

Et contrariæ consuetudines annullatæ.

§. V. Qualis ergo, introducto in fora et scholas iure ciuili et canonico, status in Imperio nostro fuerit, facile ex dictis colligi potest. *Magnam inprimis Germanicis rebus mutationem attulit ius canonicum: quippe quod multum recessit ab antiquis ecclesiasticis legibus vsque ad secul. XIII. vsitatis, at* ponti-

Prærogatiuæ cleri auctæ ex iure Can.

a) *L. sacrosancta 34. C. de Episc. et Cler.* vid. GVDELIN. *de iur. nouiss. lib. VI. Cap. 7. § aliud priuilegium.*

b) *Can. si quis suadente. 29 XVII. Qu. 4.* vsque adeo, vt is quoque excommunicationis reus iudicetur, qui percussionem clerici tantum *ratihabet. Cap. 23. de sentent. excomm. in 6.* GVDELIN. *cit. l.*

c) *Cap. 7. de immunit. eccles.*

d) Vid. *c. 8. Distinct. XXXVII. cap. 2. X. ne Cler. vel Monach. cap. 29. de sentent. excomm. c. 8. X. de iud. c. 17. c. XI. Q. X.* Conf. NICOL. *de* GRASSIS *de effectibus clericatus.*

e) *Cit. cap. 8 X. de Iud. cap. 14. de elect. c. 3. et 5. X. de elect. et el. pot. Cap. 7. de praescription.*

f) Vid. P. *de* MARCA *alleg. tr. de concord. sacerd. et Imper. Lib. III. Cap. 9. p.m. 254.*

pontificis dignitatem in immensum extulit, nouum et longum iudiciorum ordinem, comperendinationum et procrastinationum vberem campum, pro simplice maiorum iuridici processus formula obtrusit, multitudine, varietate et obscuritate legum et clero et aliis crucem fixit, superstitiosos hominum animos in rempublicam armauit, clerum ac populum perpetuo collisit, denique litibus Germaniam repleuit, et emunxit argento, vt verba CONRINGII g) mea faciam. Quamuis vero enormis illa clericorum potentia ac prærogatiua pessimam Germaniæ peperit confusionem, Imperatores tamen nequidem contra hiscere ausi fuere h): cum pontifex artibus variis maiorem sæpius, quam imperator, in imperio exerceret potestatem. Et si dicendum, quod res est, imperatores ipsi demum penitus clericos a foro seculari eximere coacti sunt, vnde tandem in *causis ecclesiasticis* vix quidpiam potestatis ciuilis dispositioni relictum fuit i).

Ab ipsis etiam Impp. ex post confirmata.

§. VI.

§ V. g) *de orig. iur. Germ. Cap. XXVI. in f*

Miser imperii hoc aeuo status.

h) Miseram Germaniæ hisce temporibus conditionem medii æui historia nimium comprobat. Imperatores enim maiestatem suam contra attentata papalia tueri volentes, mox contrarias factiones et fulgur excommunicationis sentiebant. *Propterea*, inquit ARNISAEVS *de subiect. et exemt. Cleric. Cap. VIII. § 9. primus Henricus IV. expertus est tyrannidem pontificiam, quae vt semel viam sibi facere ausa fuit, instar rapidi torrentis, in successores quoscunque grassari perrexit, alios ad tempus saltem demergens, alios prorsus voragine infida absorbens. Ita enim tractati et excepti sunt Fridericus I. ab Adriano IV. et Alexandro III. Henricus V. a Paschali II. Fridericus II. a Gregorio IX. et Innocentio IV. Conradus IV. ab eodem: Ludouicus IV. a Clemente et Ioanne XXII.*

Cum clerici plane exemti essent.

De quo status imperii conquesti.

i) Vid. AVTH. *statuimus C. de episc. et cler.* BRVNNEM. *iur eccl. Lib. III. cap. I. § 12.* Add *Concordata nationis Germanicae*, et SCHILTER. *in not. ibid.* Interim in comitiis de tollendis huiusmodi abusibus sæpius deliberatum fuit. Vnde in *Rec. Imp. de Anno 1500. §* wie man mit dem Pabst hand-In soll 43. legatio ad Papam decreta, mit seiner Heiligkeit der concordata, und anderer Beschwerung halben, so der Teutschen Nation vom Stul zu Rom, mannigfaltiglich aufgeleget worden und begegnen, ernstlich zu handeln, alles nach laut einer Instru-

Per reformationem hæc iura valde imminuta.

§. VI. Lugebat ita Germania ſub hoc intolerabili iugo, quando LVTHERVS, aliique reformatores, doctrinas fidei non ſolum ſed et *ſtatum eccleſiaſticum* emendare, ac priſtinæ ſimplicitati reſtituere conabantur k). Quod aliter fieri haud potuit, quin ingentibus cleri priuilegiis plurimum ſimul detraheretur. Auctoritate enim pontificis (cuius ratio ſtatus, vt *§. præc. IV.* vidimus, exigebat, vt ordo clericalis præ cæteris variis abundaret beneficiis) collapſa, illius conditio quoque intra limites reſtringi debuit. Optandum autem quam maxime, hoc ita factum fuiſſe, prout illud, et ſacris litteris, et primitiuae eccleſiæ inſtitutis conueniebat. Aſt quod in quacunque repentina mutatione contingere ſolet, et hic eueniſſe dolendum: ſcilicet *principia* enormium abuſuum hinc inde tantum *ſublata* fuiſſe, pluribus inde propullulantibus *concluſionibus relictis* l). Huius rei non minima fuit cauſa, quod ius canonicum etiam apud Euangelicos in viridi remanſerit obſeruantia m), ex quo deinde multæ pontificiorum næniæ in-

Attamen plura adhuc ſuperſunt.

Inſtruction, ſo unſer verordnet Regiment in vollkömmlicher Form wohl wird wiſſen nothdürftiglich zu ſtellen.

k) Ab initio reformationis tam formidanda epiſcoporum, totiusque cleri erat potentia, vt *principes veteri perſuaſione nihil auderent, ſed euentum ſpecularentur*, vt ait SECKENDORF. *Hiſtor. Lutheran. lib. I. § 130. et 134.* Oblata deinde Aug. Confeſſione munus epiſcopale poteſtati ciuili ſubiectum fuit. Vid. *Aug Conf. Art. XXVIII.* Reformatæ quoque eccleſiæ vno ore inculcant, iura miniſtrorum DEI vnice in adminiſtratione verbi diuini, et ſacramentorum, vt et poteſtate clauium; non vero in dignitate eminenti, et poteſtate ſeculari conſiſtere. Vid. *expoſitio fidei Chriſt. communi conſenſu fidelium in Heluetia, Hungaria, Scotia et Geneua edit. Cap. XVII. et XVIII. Conf. Heluet. § XV. et ſeq. Gallican. §. XXX. etc.* Add. *Acta Synod. Dordrac. §. XXII. et XXX. XXXI.*

Quid iuris apud Reformatos.

l) THOMAS. *cautel. iurispr. eccleſ. Cap. XXII. § 15.* B.I S. STRYK. *diſſert. de orig. iurisd. eccl. C. II. §. I.* Qua ratione vero, pugnantibus inter ſe principiis religionis euangelicæ, et concluſionibus ex iure canon. prouenientibus, procedendum ſit, expoſui in diſſ. prælim. ad SCHILTERI *inſt. iur. Can.* et ſupra in *exerc. IX § 11 12.*

Per Aug. Conf. principes ius epiſcopale ſummum acceperant.

m) THOMAS. *alleg. Cap. XXII.* per

Exempla recensentur.

in foris relictæ fuerunt n). Ad næuos illos inter alia pertinet, quod caufas ecclefiafticas *feparatim* tractare continuatum fuerit o): quod principi ius circa facra tanquam *epifcopo* tribuatur, cum illud *ex indole fummæ poteftatis* potius defumendum fit p): quod clerici in exercitio officii fui *independentes* haberi defiderent, princeps ipfe quoque confiftorio obnoxius *effe dicatur* q). etc. Mirandum certe eft, tot ex Proteftantibus adhuc repertos fuiffe r), qui, nefcio an ex nimia cleri veneratione, an ex præiudicio auctoritatis tantam clericis afferuerint immunitatem. Cur enim laici in inferiorem ordinem reiici-

per tot. Vid. BRVNNEM. *I. E. lib. 1. C. III.* §. 4. ibique STRYK. *in Addition.*

An ius canonicum abolendum?

n) Non defuerunt, qui ideo ius canonicum in totum abolendum cenfuere. Vid. TITII Probe des Teutschen geistlichen Rechts. *l. 1. c. 11.* §. 63. *et feq.* LVDOV. *Confiftorial-*Proceß *Cap. VII.* §. 19. quorfum

Lutheri iudicium.

collineat LVTHERI iudicium de libris iuris canonici in genere latum: *Quod fi*, inquit, *in illis etiam aliquid boni ineffet, quod de decretis fateri cogor, totum tamen eo detortum eft, vt noceat, et Papam in fua antichriftiana et impia tyrannide confirmet. Tom. II. Opp. Ien. lat. fol.* 334. Add. ZIEGL. *Diff. de orig. et increm. iur. Canon.* §. *LXVI. in f.*

An duplex fit iurisdictio?

o) Ex erroneo illo fundamento, quafi duplex effet iurisdictio, *fecularis* et *ecclefiaftica* ceu expofui in *I. E. lib. 1. tit. XXVIII.* §. 11. *et mult. feqq.* Conf. LVDOV. *alleg. l. Cap.* 2. §. 3. 4. I. S. STRYK. *cit. differt. Cap. II.* §. 2. Add. *infra Cap. II.* §. 9. *et feq.*

An in principe?

p) Communis alias fuit opinio, principes euangelicos duplicem fuftinere perfonam, *principis et epifcopi*. vid. REINKING. *de regim. fecul. et eccles. lib. III. Claff. 1. c 10. num. 1. etc.* CARPZ. *Iurispr. Confiftor. lib. 1. def. XI. num.* 14. 15. eamque in ipfa pace relig. in *Rec. Imp.* 1555. § damit auch fundatam exiftimarunt. Enimuero, cum principes euangelici ex *doctrina religionis fuæ* iurisdictionem ecclefiafticam fibi vindicauerint, illaque, vt pars fuperioritatis territorialis excellentior, ipfis in *Inftr. Pac. Weftphal. Art. V.* §. 16. confirmata fit, verius ad illos ex iure maieftatico pertinet. Vid. LVDOLPH HVGO *de ftat. Region. Germ. Cap.* 3. §. 28. Hanc controuerfiam plenius excuffi *in iure eccles. lib. I. tit.* 31. §. 19. *et feq.* Conf HENNIGES in *Meditat. ad Inftr. Pac. Art. V.* §. 29. *p* 709. 710.

q) Hanc fententiam fouet MYLER. *ab* EHRENBACH. *in Gamolog. Cap. VIII.* §. 8. ideo merito reprehenfus a I. S. STRYK. *cit. Differt. C. II.* §. 5. 6.

r) Latum eorum catalogum exhibui *alleg. l.* §. 19.

reiiciendi? Omnes tam clerici, quam laici vnius reipublicæ membra ſunt, nec clerus amplius ſpecialem politiam conſtituit, vt *Leuitarum* iura ſibi adhuc adſcribere queat s). Longiſſime tamen abſit, vt dignitati aut ſpecialibus priuilegiis, ordini clericali a ſumma in republica poteſtate conceſſis t), quid detraham, quandoquidem ſaltem demonſtrare volui, clerum a poteſtate ciuili *dependere*, nec eius priuilegia *iuris diuini* eſſe, adeoque quæ iura et priuilegia illis a principibus conceſſa, pro lubitu iterum aut ampliari, aut reſtringi poſſe, quippe a quibus illa acceperunt u). Alias enim verbi diuini miniſtros, munus ſuum fideliter exſequentes, reuera dignisſimos cenſeo, qui a quocunque omni debita reuerentia excipiantur, præmiisque afficiantur. Id quod inter noſtrates ſæpe etiam optandum, deſiderandumque eſt v).

§. VII. Actum hactenus de prærogatiuis et priuilegiis clericorum in genere, illorumque origo ac viciſſitudines conſideratæ: propius nunc ad thema propoſitum accedendum. Poſtquam enim clericis tam inſignes prærogatiuæ in quibuscunque cauſis et iuribus attributæ ſunt, illis quoque, qui ære alieno obſtricti ſunt, varias immunitates conceſſas eſſe contenderunt. *Tranſitio.*

s) Conf. IOSEPH *van der* CRAFT. *Het. liefraalige Aangezigt der Biſchoppen ofte Geeſtelyken Cap. IV.* vbi demonſtrat, diſtinctionem inter clericos et laicos apud proteſtantes reuera reliquias ex papatu eſſe.

t) Quibus priuilegiis ac immunitatibus clerici apud proteſtantes pleroſque fruantur, exponit NAEVIVS Prieſter-Recht *Cap. VII.*

u) Hoc egregie oſtendit peculiari tractatu CELSVS ANTISTIVS CONSTANS de *iure eccleſiaſtico*, quo negat, immunitates et prærogatiuas clericis iure diuino eſſe conceſſas. Ipſum autorem quidam VELTHVYSENIVM eſſe contendunt. Quem tamen alii BENED. SPINOZAM fuiſſe autumant. Vid. GRONINGI Hiſtorie der heutigen Religionen. *Cap. VIII. §. 20.*

v) Conf. THOMAS. *in diſſ. de officio principis in augend. ſalar. et honor. miniſtror. eccleſ.*

tenderunt. Quocirca animum induxi, ea speciatim exponere priuilegia, quae *ordini clericali* w) concessa, si aliquem *ex causa licita et ciuili obaeratum* esse contigerit. Id quod vt eo distinctius fiat, hac methodo vtendum existimaui, vt 1) *de foro clericorum debitorum speciali*: 2) *de aliis iuribus clericis debitoribus competentibus*, *non habita ratione, vtrum soluendo sint nec ne*: speciatim autem 3) *de clericis obaeratis, non soluendo existentibus*, dispiciam: simulque ostendam, *quibus clericis haec priuilegia competant*.

Conspectus thematis.

CAPVT II.
DE
FORO CLERICORVM DEBITORVM SPECIALI.

ARGVMENTVM.

§. I. De foro priuilegiato. II. Origo fori priuilegiati clericorum. III. Forum catholicorum apud Episcopos, et Praelatos inferiores, IV. apud Pontificem V. eiusque iudices delegatos nec non eius Legatos. VI. Forum exemtorum; VII. Episcoporum. VIII. Forum clericorum in secunda instantia. Ordo appellationum. IX. Forum clericorum apud Protestantes in Consistorio. X. Consistoria constituuntur ab Imperii statibus, nobilibus immediatis, XI. et nonnumquam a mediatis, XII. nec non a subditis Protestantibus in terris

Clericorum definitio.

w) i. e. eiusmodi *personis, quae ad sacra ministeria, seu functiones ecclesiasticas obeundas legitime sunt constituta.* Vid. c. 1. *Distinct.* XXI.

terris Catholicorum. XIII. Quinam clerici in alio iudicio extra consistorium conueniantur ? XIV. Consistorii iurisdictio a Principe constituente pendet. XV. In nonnullis locis clerici ciuili iudicio subsunt. XVI. Forum clericorum in secunda instantia. XVII. A consistoriis protestantium in terris catholicorum regulariter ad Dominum territorii non appellatur. XVIII. XIX. XX. Clerici ex administratione, ante clericatum gesta, foro gestæ administrationis subsunt. XXI. Quatenus illud obtineat in administratione in clericatu suscepta. XXII. De eorum foro in causis negotiatoriis XXIII - XXVI. et in aliis causis secularibus.

§. I.

Fori specialis definitio.

F*orum speciale siue priuilegiatum, iure singulari introductum, certæ professioni, vel vitæ generi indultum est* x), et in duas partes dispesci potest. Vel enim ex speciali principis gratia ob benemerita, aliamque ob causam peculiarem conceditur, et κατ' ἐξοχὴν *priuilegiatum* dicitur y): vel in iure communi iam quibusdam personis concessum est, quod in oppositione ad prius, *forum priuilegiatum in corpore iuris clausum*, appellandum esset z). Hoc in specie tribuitur (I.) professoribus et studiosis a); (II.) militibus b); (III.) senatoribus, clarissimis, illustribus c); ac (IV.) demum *clericis.*

Diuersitas.

Quibus fori priuilegium competat?

§. II.

Cap. II. § I. x) Vid. STRAVCH. *differt. de competentia fori.*

y) Quorsum pertinet I. S. STRYKII *differt. de foris Germaniæ singularibus.*

z) Eiusd. *differt. de foro ministror. principis cap. I. §. 5.*

a) *Auth. habita. C. ne fil. pro patre.*

b) *l. 6. C. de iurisd.*

c) *tot. tit. C vbi senator.* Add. *alleg. differt. de foro ministr. C. 1. §. 16.* STRVV. *Syntagm. Iur. Ciu. Exerc. IX. th. 59.*

Origo fori priuilegiati.

§. II. Clericorum forum *speciale* deriuandum a *iudiciis ecclesiasticis*, et inde nata *audientia episcopali* d). Quamuis enim hæc speciem iurisdictionis ab initio vix constituerit, sed magis ex *arbitrio*, atque *compromisso* disceptantium processerit e); paulatim tamen f), inprimis postquam iudicia synodalia, temporibus Imperatorum Christianorum publicam auctoritatem acceperant, æqualem, *si non maiorem*, cum iurisdictione seculari vim ac potestatem etiam in caussis *ciuilibus* obtinuit g). Quippe CONSTANTINVS eiusque filius CONSTANTIVS h), permiserant, *a quoquam* posse adiri episcopos

d) Vid. AVGVSTIN. *lib. III. ad* BONIFAC. *C. 5.* et *sermon. 49. de diuersis. 332.* ESPEN. *iur. eccles. Part. III. tit. 2. Cap. III. § 3. et seq et §. 11.* Conf. *tot. tit. C. de Episcop. aud.* et supra *Cap. I. §. 3. in not. lit. k.*) Et vtut hæc audientia postmodum fere in vsu esse desierit, eandem tamen quoad *clericorum caussas* continuo remansisse obseruaui in *orig. iur. eccl. Cap. XX. §. 6. et in Differt. III. ad Plin. II.*

Constitutiones Constantini M. et Constantii.

e) THOMAS. *Diss. de foro compet. cler. C. II. §. 8.*

Origo iurisdictionis ecclesiastica.

f) Præualente episcoporum auctoritate in iudiciis ecclesiasticis illorum facies immutata fuit, adeo, vt, accedente abusu iuris clauium, officium episcopale *magistratus ecclesiasticus* dici cœperit, vt non obscure colligitur ex ORIGENE *lib. II. contr. Cels. in f.* vbi asserit, quod recepti post factam exomologesin excludantur in posterum *ab omnibus dignitatibus et magistratibus ecclesiasticis.* THOMAS. *Cautel. Iurisprud. eccles. c. XII. §. 7. et in not. ibid.* et *Cap. XIII. §. 2.* I. S. STRYK. *Differt. de orig. iurisd. eccl. c. I. §. 10. 11 12. Conf. Differt. III. ad Plinium sec. § 61. et sq*

g) LVDOVICI *Consistorial Proceß c. 1. §. 16.*

h) De Constantino M. SOZOMENVS *lib. I. Histor. c. 9* ita: *Permisit Constantinus litigantibus, vt ad episcoporum iudicium prouocarent, si magistratus ciuiles reiicere vellent: eorum autem sententia rata esset, aliorumque iudicum sententiis praualeret, perinde ac si ab ipso Imperatore data fuisset: vtque res ab episcopis iudicatas rectores prouinciarum, eorumque officiales executioni mandarent. Postremo, vt conciliorum decreta firma et inconcussa essent.* Constitutio Constantii exstat in *l. 12. C. Theod. de Episc.* Circumfertur etiam constitutio Constantini, qua cuiuis permissum, litem, etiamsi modo coram iudice seculari pendentem, vt et altera parte obluctante, ad episcopum deferre. Edidit eam SIRMOND. in *append. Cod. Theod. L. 1.*

Sed

pos loco iudicum fecularium, eorundemque fententiis dederunt *vim rei iudicatæ.* Speciatim autem patres in concilio Carthaginenfi a. 397. aliisque i) fanxerunt, clericum, qui, epifcopo, etiam *in caufis ciuilibus*, relicto, iudicem fecularem adiret, etiamfi caufa vinceret, aut loco fuo excidere, aut eo, quod in iudicio illo fuerat adeptus. Aft quia fubfequentes Imperatores præter caufas religionis clericis forum feparatum vix permittebant, facultate folum partibus relicta, epifcopi, fi vellent, arbitrium expetendi k), ingens de *epifcopali iudicio* cœpit effe contentio. Inde IVSTINIANVS, cui indecorum videbatur, vt iudices feculares in monafteriis tribunalia erigerent, in gratiam monachorum et fanctimonialium A. 539. conftituit l), vt quæuis monachorum caufæ non iudicis fecularis, fed epifcopi decifioni relinquerentur. Hanc conftitutionem mox alia m) excepit, quæ forum priuilegiatum ad *omnes clericos* extendit: conftituta tamen differentia inter caufas *pecuniarias* et *criminales* n). Varium deinceps fortunam caufa hæc habuit o), donec FRIDERICVS I. fanxerit,

Sed IACOBVS GOTHOFR. tum ex collatione cum aliis conftitutionibus, tum ex variis dicendi formulis eam vt fpuriam reiecit. Vid. ZIEGLER. *de epifc. lib.* III. *c.* 30. § XL. Conf. THOMASSIN. *de vet. et nou. eccl. difcipl. part.* II. C. 102. *n.* 2. *etc.*

i) THOMASSIN. *alleg. l.* ZIEGL. *c. l.* C. 30. §. 52. Vid. *c. placuit.* C. XI. *Qu.* 1. qui canon tamen additamentum recepit, quod fine dubio a gloffatore aliquo ad marginem adfcriptum fuit. Add. *C.* 12. *X. de for. compet.* et GONZALEZ *in not. ibid.*

k) ZIEGLER. *alleg. l.* §. 46. *et feq.* Vbi circa hanc materiam latæ ab imperatoribus leges diftincte recenfentur, immixtis fuo loco conciliorum decretis.

l) *Nouell.* LXXIX.

m) *Nouell.* LXXXIII. Conf. *l.* 29. *C. de Epifc. aud. Nouell.* CXXXIII. *c.* 10. CORVIN. *Inftin. cathol. tit.* LII.

n) *Alleg. Nouell.* LXXXIII. ZIEGLER. *c. l.* § 72. *etc.* Quid in criminalibus caufis circa forum priuilegiatum obferuetur, peculiari differt. expofuit HILLIGER. *differt. de foro clerici delinquentis.*

o) Vid. THOMASSIN. *cit. part.* II. *lib.* III. *cap.* 103. 314.

Per reformationem immutatur.

rit, *ne quis personam ecclesiasticam in ciuili quaestione ad iudicium seculare trahere praesumeret* p). Quoniam vero reformatione exorta episcoporum in exercenda iurisdictione potestas plurimum labefactata, atque forum clericorum varias expertum fuerit mutationes, inde diuersa hodie est praxis *Catholicorum*, et *Protestantium*.

Forum clericorum catholicorum in prima instantia.
1) Apud episcopos.
2) Apud inferiores praelatos

§. III. Apud *Catholicos* clerici in vniuersum subiacent *episcopis*, in quorum dioecesi existunt q): ita vt lites ex causa ciuili ad metropolitanos non nisi per viam *appellationis*, aut in casu *protractae* siue *denegatae* iustitiae deferre possint r). Exercent hanc iurisdictionem episcopi vel per se, vel, quod hodie frequentius, per suos *vicarios*, seu officiales s). Sed et aliquando praeter episcopum alii inferioris ordinis praelati de causis clericorum debitorum in prima instantia cognoscunt: vel virtute priuilegii papalis, vel consuetudinis aut praescriptionis immemorialis. Ita *archidiaconi* t), item *abbates* u) quan-

Vicarii et officialis, an idem officium?

p) *Auth. statuimus, C. de SS. Eccles.*

q) *C. 1. 4 13. X. de for. compet. c. 1. X. de offic. ind. ord. c. 15. 38. et 45. C XI. q. 1.* Quo ipso tamen non destructa distinctio inter forum domicilii contractus etc. quae in foro ecclesiastico, aeque ac in foro ciuili, viget. Vid. *c. 3. et f. X. de for. compet.* ENGEL. *Coll. iur. can. lib.* II. *tit.* II. *P. 1. §. 1 .. 5.* et *lib.* I. *tit.* XXXIII. §. 4. *in f.*

r) *C. pastoralis* II. *X de offic. ordin. c. 7. de sent. excom. in 6.* ENGEL. *alleg. tit.* XXXIII. §. 31.

s) CORVIN. *iur. canon. lib.* I. *tit.* XVIII. §. 3. LVDOVICI *Consistorial.* Proceß *c.* I. §. 21. BARBOS. *collectan. ad c. 1. X. de off. vicar.* DESSEL. *erotem. iur. can. l. 1. tit. 28.* Vtut vero vicarii et officialis nomina saepissime promiscue sumantur; ea tamen probe de moribus distinguenda esse, censet ESPEN. *iur. eccl. P. I. tit.* XII. C. V. §. 1. *et seq.* ex hac scil. ratione, quod vicarii plerumque iurisdictionem voluntariam exerceant, et negotia iudicialia officialis examini relinquere teneantur. Conf. ENGEL. *alleg. l.* I *tit.* XXXIII. § 3.

t) *C 7 X. de off. Archid.* ibique PITHOEVS *in not.* CORVIN. *cit. lib.* I. *tit.* XIX. § 13.

Abbates Gallicani indicant.

u) GVDELIN. *de iure nouiss. lib.* VI. *c.* X. §. *reliqua.* vid. *c. si diligenti X. de*

quandam exercere iurisdictionem dicuntur, quam ab initio quidem ex delegatione ab episcopis facta obtinuerunt, sed ex postfacto tanquam *ordinariam* sibi vindicare præsumpserunt x).

§. IV. Præterea clerici etiam forum competens habent in *prima instantia* apud *pontificem*, seu curiam Romanam. Nam circa seculum nonum, publicatis per PSEVDO ISIDORVM spuriis ac famosis epistolis decretalibus primorum pontificum y), in frequentem vsum deductæ sunt appellationes ad Papam, et hac occasione causarum in prima instantia cognitionem curia Romana sæpius quoque sibi arrogauit z). De quo seculo XII. patres grauissimas deposuisse querelas legimus a). Inde LEO pontifex in *concil. Lateran.* 1515. celebrato, remedium confusioni iurisdictionum adferre studuit b), quod in *Concilio*

z) Apud pontificem.

Causarum ad sedem Romanam delatio notatur.

Abbates etc. sunt indices ordinarii.

X. de for. compet. ENGEL. *tr. de priuileg. et iurib. monast. priuileg.* XLVIII. De modo iudicandi abbatum in conuentibus Gallicanis testatur P. de MARCA *de concord. sacerd. et Imp. lib. VI. c. XXV. n. 4. et 5.*

x) ESPEN. *alleg. tom.* I. *P. III. tit. V. n. 16. 17. 18.* Add. IDEM *Part.* I. *tit* XII. *c. 1. tit.* XVIII. *c. 2.* Sub medium sec. XII. iam inter iudices ecclesiasticos *ordinarios* relatos fuisse *archidiaconos, abbates*, aliosque ecclesiarum *pralatos*, probatur ex *synodo Remensi*, sub EVGEN. III. ann. 1148. habita, e qua id refert ANT. AVGVSTIN. *tit. de iudic. c. 11.*

y) Fragmenta illorum relata *c. 21. Qu. VI.*

z) Vid. *c. 17. et 21.* C. IX. Q. III. Add. *C. 7. X. de appellat.*

a) Querelas Bernhardi, et Hildeberti Turonensis hac de re exhibet ESPEN. *cit. tit.* IX. *n. 9.* Ast hos et alios quam plures nunquam summæ sedis Romanæ iuri et potestati obstrictandum sibi existimasse, solum abusum impugnasse, obseruat THOMASSIN. *P. I. l. 1. c. 6.* vbi § *14* inquit: *Non licite pontifex citra vtilitatem et necessitatem ecclesia, omnem ad se episcoporum iurisdictionem transferret... Sed quando necessitati obsecutus et vtilitati, excellentiorum quorundam ex suis membris partes explere adgressus est, nemo illi vnquam de potestate controuersiam fecit.*

b) Vid. GONZAL. ad *cap. 1. X. de off. Leg. n. 5.* Hocce concilium commentario illustrauit CHOKIER. *tom.* II. *p. 1. de iurisdictione ordinar. in exemtos.*

cilio Tridentino c) vlterius declaratum fuit. Et hæc eſt ratio; cur Papa *iudex totius orbis Chriſtiani*, et *ordinarius ordinariorum* a Doctoribus appellari, eique *concurrens* cum quolibet inferiori ordinario *iurisdictio* attribui ſoleat d).

4) Apud delegatos pontificis.

§. V. Ne vero nimium litigantibus afferretur incommodum, ſi e locis remotiſſimis, ſæpiſſime ex malitia actorum, Romam euocati, ibidem comparere, ac cauſas ſuas agere tenerentur; a ſeculo inde XII et XIII. *iudices delegati in partibus*, vti loquuntur, a pontificibus dari conſueuerunt, qui in eis locis, vbi controuerſia cœpta, et probationes haberi poſſunt, vice pontificis lites componere debent e). Quamuis neque hoc remedio omnes ſtatim inconuenientiæ ſublatæ fuerint

Concil. Tridentini diſpoſitio.

c) Verba eius *ſeſſion.* XXIV. *de reformat. cap. 20.* hæc ſunt: *Cauſæ omnes ad forum eccleſiaſticum quomodolibet pertinentes, -- in prima inſtantia coram ordinariis locorum duntaxat cognoſcantur, -- atque terminentur. -- Ab his excipiantur cauſæ, quæ iuxta canonicas ſanctiones apud ſedem apoſtolicam ſunt tractandæ; vel quas ex vrgenti, rationabilique cauſa iudicauerit ſummus Romanus Pontifex per ſpeciale reſcriptum ſignaturæ ſanctitatis ſuæ, manu propria ſubſcribendum committere aut auocare.*

Papa index vniuerſalis.

d) ENGEL. *coll. iur. can. lib. I. tit. XXXIII. § 1. num. 3 et lib. V. tit. XXIII. §. 4. n. 34.* CORVIN. *iur. can. lib. I. tit. III. n. 6.* Hinc eſt, quod INNOCENTIVS III. PELAGIO, epiſcopo Albanenſi, *lib. XIV. Epiſt. 104. ſeq.* ſcribat: *Dominum* IESVM CHRISTVM *ſedem apoſtolicam inſtituiſſe totius Chriſtianitatis caput et magiſtram, a qua panis intellectus et vitæ ad alias procedat eccleſias. Pontificem Romanum portare onera grauia cum plenitudine poteſtatis.* Vid. P. de MARCA *de C. S. et I. lib. V. c. XLVII. § 5.* Et hanc papæ poteſtatem quoque deſcribit GVDELIN. *alleg. lib. cap. II. § 4.* quando inquit: *Cum Romanus pontifex reuera ſit caput et princeps eccleſiæ vniuerſalis, conſentaneum eſt, vt, quacunque poteſt princeps profanus in republica profana, eorundem omnium poteſtatem in eccleſia rebusque eccleſiaſticis penes illum iure eſſe, fateamur.* Conf. M. A. de DOMINIS *de republ. eccleſ. lib. II. c. V. §. 28. et ſeq. et lib. IV. c. VIII.* et CHOKIER. *alleg. tr. P. 1. qu. XI. n. 7.* vbi omnem ordinariorum poteſtatem ab auctoritate ſummi pontificis dependere tradit.

e) Conf. *Ius Eccleſ. proteſt. lib. 1. tit. XXX. §. 1. et ſeq.* ESPEN. *Part. III. tit. V. c. 2. §. 4.*

rint f). Distinguuntur adhuc ab his delegatis suo modo *legati* g), quos communiter triplicis esse generis notant h); coram quibus, siquidem cum iurisdictione missi sint, clerici olim in prima quoque instantia, *per simplicem querimoniam*, conueniri poterant i), quandoquidem ordinariam et concurrentem iurisdictionem exercebant k). Quoniam vero omnem sibi hoc modo potestatem ereptum iri quererentur episcopi, pontifices curare cœperunt, ne ordinariorum iurisdictioni amplius a legatis detraheretur l): donec in *Concilio Tridentino* eorum potestas magnopere restricta est m): adeo vt hodie de clericorum causis ciuilibus cognoscere nequeant, nisi ad illas examinandas et definiendas se *speciatim delegatos* esse, ostendere possint. *3) Apud legatos.*

§. VI. Atque hæc obtinent, nisi rei conuenti a iurisdictione ordinariorum *exemti sint* n). Inualuit nimirum mos, *Forum exemtorum.*

Partes extra diœcesin euocantur.

f) Eueniebat enim quandoque, vt ad remotos iudices partes euocarentur. Cui abusui INNOCENTIVS III. in *C. 28. X. de rescript.* hanc atttulit medelam, vt nemo *vltra duas diatas extra suam diœcesin* ad iudicium trahi posset. Conf. GONZALEZ. ad *cit. c. 28.* Immo BONIFACIVS VIII. *in C statutum de rescript. in 6.* euocandi licentiam ad *vnam diatam* restrinxit. Quid in Gallia et Belgio in casu factæ extra diœcesin euocationis moris sit, pluribus exponit ESPEN. *alleg. tit. V. c. 3.*

g) Vid. CORVIN. *L. 1. tit. XXX. n. 3.*

h) Fundata est hæc diuisio in *C. 1. de off. Leg. in 6.*

i) *C. 1. X. de offic. leg.*

k) Per *C. 2. de off. leg. in 6.* ibi: *ordinarios reputantes.* ESPEN. *alleg. l. P. 1. tit. XXI. c. II. §. 18.*

l) ESPEN. *alleg. P. 1. tit. XXI. c. III. §. 2.*

m) *Session. XXIV. C. 20. de reformat.* ENGEL. *Coll. iur. canon. tit. de legat. n. 10. 11.*

§. VI. n) De materia *exemtionum* integri a pluribus editi tractatus, vt a IO. LOMEDE in *tr. de exemtionibus ecclesiasticis*: ERASMO a CHOKIER in *tr. de iurisdictione ordinarii in exemtos*, quem tertio tomo auxit I. P. VERHORST ICtus Colon. Nouissime Parisiis prodiit *Traite des droits des Eneques* par Mr. BIESSON. vid. *Iournal* *Scriptores de exemtionibus.*

gatis forum sortiantur. Interim tamen in fauorem ordinariæ iurisdictionis receptum, vt episcopus, (ratione distinctionis inter exemtos, qui sunt *in diœcesi*, et qui *nullius* sunt *diœceseos*, habita) s), aduersus exemtos in pluribus casibus, partim ex *ordinaria*, partim ex *delegata* potestate t), procedere, eorumque iudex competens esse possit. Ceterum qualis *conseruatorum*, in cognoscendis exemtorum caussis ciuilibus passiuis, fuerit potestas, lubens prætermitto, quoniam illa, vt et integra exemtionum materia in *Concilio Tridentino*, ad instantiam ordinariorum, valde imminuta et circumscripta fuit u).

§. VII.

nem affectans, specialem titulum aut præscriptionem producere valeat, vid. ESPEN. *tom. I. P. 1. tit. XI.* §. 7. alii e contra capitulo, immo decanis iurisdictionem ordinariam simpliciter concedant. CHOKIER. *tom. I P. 1. qu. 47.* Vid. tamen IDEM *P. 1. qu 71. et tom. II. P. 2. qu 64 66.*

s) Explicat hanc distinctionem FAGNAN. *ad c. 19. X. de off. iud. ord. n. 10.* hoc modo: *Itaque status nullius diœceseos liberat non modo a subiectione, sed etiam a situatione et denominatione, exemtio vero tantum a subiectione.* et ENGEL. *Coll. iur. can. lib. V. tit. XXXIII.* § 4. *n. 23.*

t) Ita enim in exemtione *locali* clerici exemti ratione contractus initi, vel rei sitæ in loco non exemto coram ordinario conueniri queunt; *C. 1. de priuil. in 6.* quod innouatum a synodo Trident. *sess. VII. c. 14. de reform.* Add. ESPEN. *cit. p. 1. tit. XII. c. V.* §. *45.* Quando vero episcopi ex ordinaria, et quando ex delegata potestate agant, distincte tradit ENGEL. *cit. l. n. 31.* et alleg. ESPEN. *tom. II. I. E. in repagul. canon. P. II. c. 1. sq.* CHOKIER. *tom. II. P. II. qu. 43. n. 6.*

u) Vid. P. SARPIVS *Histor. concil. Trident. lib. II. p. 370, 371. Iournal des Sçauans, Iuillet. 1716. pag 53.* Quibus autem finibus conseruatorum iurisdictio et exemtiones per hanc synodum conclusæ, patet ex diuersis eius locis, vti ex *session. VI. c. 3. et 4. de reformat. session. VII c. 5. 6. 7. et 14. session. XIV. proœm. et c. 4. 5. session. XXI. c. 8. session. XXIV. c. 11. et 20. session. XXV. de regular. c. 8. et 13. ead. session. de reform. c. 6. 8.* Conf. *ius Eccles. prot. tit. de off. iud. del.* §. IX. Quæ olim circa conseruatores obtinuere, in quibusdam monasteriis adhuc notare licet. vid. CHOKIER. *tom. II. P. II. qu. 54. n. 11. et qu. 56. n. 12. qu. 104. n. 2.* Alibi tamen

De conseruatoribus exemtorum.

Quid sit, nullius diœceseos esse? etc.

Contrahentes in loco exemto coram ordinariis comparere debent.

Forum episcoporum.

§. VII. Si vero ex causis debiti *episcopus* conueniendus, coram metropolitano actio moueri debet x), qui vel solus, vel pro grauitate causarum in concilio prouinciali de eisdem cognoscit y). Et si *hic* actione pulsandus, lis ad primatem deuoluitur z); nisi pontifex causas aduersus episcopos aut archiepiscopos intentatas suæ decisioni relinqui velit a). Denique quoniam plerosque archiepiscopos, nec non episcopos *exemtionis*

tamen exoluere, quod de Belgio testatur ESPEN. *alleg. tit. XII. Cap. vlt. §. 18. In Belgio iam pridem per edictum Caroli V. sublata fuere omnes fere conseruatoria, neque hodie vllus est in Belgio conseruator, excepto Vniversitatis Louaniensis conseruatore, quare in Belgio exemti in ciuilibus coram ordinariis conueniendi sunt.*

Vbi episcopi in Imperio conueniantur?

An pontifex causas episcoporum necessario decidere debeat?

x) *Arg. c. 6. C. 10. qu. 3. Cap. XI. X. de off. ord. c. V. eod. in 6. Cap. 54. X. de appellat.* De prælatis imperii immediatis ex causa *debiti* conuentis, aliud dicendum videtur. vid. VFFENBACH. *de consil. Cæs. aul. c. V. sect. 2. p. 14.* In prima enim instantia foro Austregarum æque vt seculares fruunt[illegible] *ord. Camer. 1495. tit.* wie Chur-Fü[illegible] *et tit.* wie Prälaten. O. C. *1555. part. 2. §. 2. 3. 4. 5.* A quibus ad cameram prouocatur. O. C. *1555. d. p. 2. §. 28.* Add. GAIL. *lib. I. obs. 30.* et Dn. COCCEI. *diss. de Austregis.*

y) *c. 46. C. XI. qu. 1. c. 1. C. VI. qu. 2.* Vid. ESPEN. *cit. p. 1. tit. XX. c. 2.* et ZIEGL. *de Episcop. Cap. XI. §. 26. sq.*

Archiepiscoporum forum.

z) *C. 23. X. de priuil. et excess.* CORVIN. *cit. l. §. 21.* Quia vero plerique patriarchatus Græci, de quibus alleg. *Cap.* specifice loquitur, exspirarunt, hodiernorum primatuum et patriarcharum iura ex specialibus priuilegiis et consuetudine locorum petenda. ENGEL. *cit. l. tit. de maior. et obed. §. IV. n. 24.* Sed et in concilio prouinciali causæ metropolitanorum terminari possunt, vti ex FAGNANO probat ESPEN. *cit. c. 2. §. 3.*

a) In causis criminalibus grauioribus episcoporum etc. illud necessario fieri debere, statuit concil. Trident. *session. XXIV. c. 5. de reformat. et session. XIII. c. 8. de reformat.* Nullatenus vero hoc dicendum de causis ciuilibus, scil. quæ regulariter decisionem archiepiscoporum, tanquam ordinariorum, exspectant. Quamuis enim concilii Tridentini dispositionem a congregatione Cardinalium ad omnes causas ciuiles extensam fuisse, referat BARBOSA *iur. eccles. l. 1. c. 7.* eiusmodi constitutio tamen (1) nunquam in forma authentica fuit exhibita; neque 2) Cardinales concilii decreta vltra proprietatem verborum extendere potuerunt, vti recte argumentatur laudat. ENGEL. *tit. de maior. et obed. §. IV. n. 28.*

tionis priuilegio donatos b) cernere licet, actorem ius suum contra hosce coram pontifice immediate persequi oportet c). Alicubi vero episcopos in causis debiti in foro seculari conueniri, praxi Belgii comprobat ESPEN d).

Forum clericorum debitorum in secunda instantia:

§. VIII. Fori priuilegio non minus gaudent clerici debitores in *secunda instantia.* Quod si enim sententia contra clericum debitorem lata est, huic ab illa ad superiorem appellare licet, modo appellatio ex alia causa non denegetur e). Et siquidem lis ab officiali decisa, non ad episcopum, qui idem cum vicario tribunal exercere censetur f); sed ad archiepiscopum mittenda g). Seculis primaeuis quidem ab episcopali iudicio ad synodos, et inde ad imperatores appellatum fuisse, ex historia illorum temporum h), et iuris ciuilis consti-

1) Apud metropolitanos.

b) *c. 12. C. XVI. qu. 1.* Vid. tamen *c. 7. C. III. qu. 6.* CHOKIER. *tom. I. P. 1. qu. 41.*

c) Conf. *prae.* §. VI.

d) *Alleg. tit.* XIX. c. III. §. 13. Add. ZIPAEVS *ad tit. de foro compet.*

e) Vid. ENGEL. *tit. de appellat. n. 18.*

f) *Cap. 3. de appellat. in 6. c. 2. de consuet. in 6.* Concil. Trident. *session. XXII. c. 7. de reformat.* CHOKIER. *t. II. P. II. qu. 16. n. 2.* ESPEN. *P. I. tit. XII. c. V. n. 8.* Recte vero ad episcopum appellatur, si sententia fuerit interlocutoria, sine ratione dissentiente GONZALEZIO *ad c. 7. X. de appellat.* §. 1. aut si appelletur in iis casibus, vbi officialis est episcopi delegatus specialis. Conf. *ius Eccl. tit. de appell.* § *XII.* et CORVIN. *lib. I. tit. XXV. n. 21.*

Archiepiscopus vbi iudicat.

g) *c. 2. C. VI. qu. 3. c. 7. 8. C. IX. qu. 3. Cap. XI. X. de off. iud. ordin Cap. 54. 56. 66. X. de appellat. c. 40. X. de sent. excomm. c. 1. de for. compet. in 6. c. 5. de appell. in 6.* Notandum tamen, quod archiepiscopus pro recipiendis appellationibus iudicem in dioecesi suffraganeorum habere nequeat, sed in propria ciuitate iudicare teneatur. *c. 1. et 3. de off. ordin. in 6.* GONZALEZ *l. cit. n. 6. et seq.*

Appellatur ab officiali ad episcopum.

Ordo appellationum antiquus.

h) Vid. THOMASSIN. *de vet. et nou. eccl. discipl. tom. II. l. 1. c. XV. n. 18. C. XVI. n. 9. C. XVII. n. 4.* ESPEN. *P. III. tit. IX. c. 5. §. 1. - - 4.* Testatur illud in specie ZIEGLER. *de episcop. lib. III. c. XXXI. §. 7.* quando ait: *Causas episcoporum in synodis disceptatas et decisas fuisse; istas autem synodos ab Imperatore conuocatas eiisse; tum si per sententiam synodalem grauatus* quis

a) Apud pontificem. constitutionibus i) abunde patescit. Postquam vero episcopus Romanus primatum adeptus, et monarchia ecclesiastica ad summum culmen perducta est, in occidente ab episcopis ad metropolitanos, ab his ad primates, et denique ad curiam Romanam appellationes dirigi cœperunt k). Immo eo vsque res peruenit, vt caussæ, omisso medio, *immediate* ad pontificem delatæ fuerint l), idque, in fauorem clericorum appellantium non tantum verbis, sed *facto* etiam fieri posset m). Ab

quis fuisset, eaque acquiescere nollet, appellare licuisse, ad Imperatorem; hunc vero vel ipsum de causa controuersa cognouisse, vel iudices alios delegasse; porro etiam pontifici Romano causam delegari ab Imperatore potuisse; et ab huius sententia appellari nihilominus potuisse ad Imperatorem. Etiamsi vero prouocatio ab vno episcopo ad alium illicita esset, sedes Romana nihilominus consultationes sibi adscribere non dubitauit. Quorsum spectant, quæ INNOC. I. *epist. ad Vitric. c. 3.* scribit: *Si qua autem causa, vel contentiones inter clericos tam superioris ordinis, quam etiam inferioris ordinis fuerint exorta, vt secundum synodum Nicænam, congregatis eiusdem prouinciæ episcopis, iurgium terminetur. Nec alicui liceat (sine praeiudicio tamen Romanæ ecclesiæ, cui in omnibus causis debet reuerentia custodiri) relictis his sacerdotibus, qui in eadem prouincia DEI ecclesiam nutu diuino gubernant, ad alias conuolare prouincias.*

i) *Nou 123. C. 10.* Add. *l. 29. C. de episc. aud. §. 4. et Nou 70. et 83. etc.*

Ratio et origo appellationum ad pontificem. k) Rationes, cur ad sedem Romanam appellandum, suppeditant *epistolæ* SIXTI I. *c. 4. C. II. qu. 6.* et ZEPHERINI *c. 8. C. ead.* scil. quoniam *illa mater est, cuius vberibus omnes nutriri debent; quia non potest obliuisci mater filium suum.* Sensim alias ad pontificem prouocatio introducta est. Primo enim auctoritate concilii Sardicensis factum videtur, vt episcopus Romanus facultatem, reformandi latam ab aliis sententiam, acceperit. Vid. P. *de* MARCA *de C. S. et I. lib. VIII. c. 3.* et ZIEGLER. *alleg. l. § 23.* Enim vero cum huius concilii decreta per longum tempus nullum vigorem haberent, ceu exposui in *l. E. tit. de appellat. § 1.* post receptam PSEVDO-ISIDORI collectionem appellationes ad papam in vniuersum demum admissæ fuerunt. P. *de* MARCA *d. l. c. 22.*

l) *C. fin. X. de for. compet.* c. 7. 14. *X. de appell.* Conf. *l. E. tit. de off. et pot. iud. deleg § 3. 4.* CORVIN. *d. l. lib. I. tit. III. n. 13. in f.*

m) Quando nempe *grauati clerici intra decendium iter ad papam suscipiunt*, adeo vt iudex inferior amplius in causa procedere, aut sententiam priorem executioni mandare nequeat. *c. vn. X. de cler. peregr. c. 9. et 10. X. de appellat.* Nisi speciali statuto aliud

AB illo vero, tanquam *infallibili* et *supremo iudice* in his terris, omnem vlteriorem appellationem ſub pœna excommunicationis prohibitam cenſuerunt n), quamquam non pauci prouocationem a papa ad *concilium* œcumenicum iure optimo et ratione ſubnixam aſſeruerint o). Si quando tamen partes ſententia papali ſe grauatas exiſtiment, ne de illato ſibi praeiudicio conqueri poſſent, id a quibusdam, quamuis contra rationem iuris, excogitatum, vt a Papa *male informato* ad *melius informandum*, ſiue vt CHOKIER p) loqui amat, *a Philippo dormitante ad excitatum* prouocaretur: ſoletque hoc caſu nouum reſcriptum a pontifice, aut eius in partibus reſidente Nuncio vel Pronuncio impetrari, quo alius iudex in partibus delegetur q). Alius adhuc ſupereſt appellandi modus,

An ab illo appellari poſſit.

A Papa appellari nequit

Appellatio ad Papam melius informandum

3) Apud iudices ſeculares

aliud diſpoſitum; vti in *ordinatione curiarum eccleſ. prouinciae Mechlin tit. 10. art. 7.* praeceptum, vt *ſententiae, quae non excedunt quinquaginta florenos, ſub fideiuſſoria cautione executioni mandentur, non obſtante appellatione et ſine illius praeiudicio.* Conf. ESPEN. *P. III. tit. X. c. 3.*

n) In Bulla *Cœnae Domini, caſu* II. omnes excommunicantur, qui ad futurum concilium generale appellare praeſumunt. Hinc eſt, quod ENGEL. *lib. I. coll. iur. can. tit.* XXXIII. *§. 1. n. 6.* non vereatur dicere: *Summus pontifex a nemine iudicatur, ſed tota ipſius cauſa DEO reſeruatur. Vnde in iudiciis, nec vt ſuſpectus recuſari, nec ab eo appellari poteſt; quia Papa vicarius Chriſti in terris tribunal habere creditur: ideoque ab eo ad Chriſtum* NB *appellari non poteſt, ſicut nec a vicario epiſcopi ad epiſcopum.* Vid. ANDREAS du VAL *de ſuprema Rom. pontificis in eccleſia poteſtate.*

o) Senſit id inter alios quamplures Cardinalis Lotharingius, dum in concilio Trident. ex ſententia eccleſiae Gallicanae affirmauit, *quod concilium ſit ſupra Papam*, adiiciens, *ita definitum a concilio Conſtantienſi et Baſileenſi, non requirere ſe aliam ab illo concilio declarationem: attamen, ſi cum Gallis conſentire velint, neceſſe eſſe, vt decretis iam conficiendis nulla verba inſerantur, quae ipſorum ſententiae praeiudicent.* P SARPIVS *Hiſtor. concil. Trident. l.* VIII. *pag 1236. edit. Lipſienſ. lib.* VII. *p. 1179. 1158 et 1183. et lib* VI. *p. 920. 977. 981.* Add. P. de ALLIACO *lib. de poteſt. eccleſ part.* III. *Cap. vlt.* et SECKENDORF. *hiſtor. Lutheran. lib. 1. §. 43. p. 58.*

p) *De iurisd. in exemtos, tom, II. Part. II. qu. 49. n. 15. 16.*

q) ESPEN. *Part.* III. *l. E. tit. X C. 2. §. 11. ſeq* et CHOKIER. *d. l.* vbi monet, hanc appellationem potius reſtitu-

dus, qui *ab abusu* dicitur, in Gallia præsertim vsitatissimus, quo non prouocatur a iudice ecclesiastico inferiore ad superiorem; sed ab illo ad Parlamentum regium, tamquam abutente sua iurisdictione contra iura, quorum *tuitio* et *defensio* Regi incumbit r). Quocum suo modo praxis conuenit, quæ, vti CORVINVS s) testatur, iudicibus secularibus de iniquitate iudicis ecclesiastici, nolentis deferre appellationi ad sedem apostolicam interpositæ, cognoscere permittit, quod de iure alias fieri non potest t).

Forum clericorum debitorum apud Protestantes.

§. IX. Pergo ad fora *Protestantium*, penes quos quidem *exemtio clericorum*, vtpote iure humano *) introducta, ad minimum in *caussis ciuilibus* (vbi non vt clerici, sed vt *ciues* et membra reipublicæ et *debitores* considerantur) cessare, eorumque caussæ in vno, ac eodem cum laicis iudicio expediri debuissent. Ast in honorem ministerii u) *forum priuilegiatum*

restitutionem dicendam esse, cum controuersia apud *eundem* pontificem denuo agatur. Notabile huiuscemodi appellationis exemplum in historia reformationis præbet B. LVTHERVS, qui cum apud cardinalem Caietanum nihil efficere potuisset, a pontifice male informato ad *melius informandum* appellauit; quoniam iudices sibi suspectos habebat, et ipse commissionem aliam ad viros doctos, probos et honestos in partibus petierat. Vid. SECKEND. *histor. Lutheran. lib. 1. sect. 18. §. 58 p 40.* vbi grauamina illius latius recenset.

Ratio constitutorum Consistoriorum.

r) De qua specie prolixe agit P. de MARCA *cit. tr. de C. S. et I. lib. IV. C. 19. et seq. et* ESPEN. *alleg. l. Cap. IV. n. 22. vsque ad fin. Cap.*

s) *Lib. III. tit. XXII. n. 29. p. 673.*

t) Vid. C. *qualiter. 17. X de iud. et* STEPH. GRATIAN. *disceptat. forens. C. 238. n. 47.*

*) Conf. GIESBERT. VOETIVS *Politica eccles. part. 1. lib. IV. tract. 1. C. 2.* et supra *Cap. 1 §. 6. in fin.*

u) Ideo illud egisse principes censet AVTOR *medit. ad instrum. pac. Westphal. art. V. §. 31. pag. 549. Ne clerici cogantur de personis suis et prærogatiuis coram quouis iudice litigare. Quod eorum existimationi officeret, cum tamen omnis eorum auctoritas et honos apud populum habitu et titulis a vulgo distinctis constet, quibus reuerentia quædam eis est conciliandi, quos humilitate, pietate, denique ceteris Spiritus S. quæ hunc ordinem ornare ante alios

tum in causis clericorum debitorum confirmatum fuit x), quod com- *In Consistoriis.*

alios deberent, plerumque carere videmus. Opinio quoque canonistarum eius temporis, quasi princeps clericis fori priuilegium in totum auferre non posset, Consistoriorum institutionem promouisse videtur. Quo spectant verba ZIEGLERI *de iurib. maiest. lib. 1. C. 19. §. vlt.* vbi ita: *Vt maxime enim imperio suo exemtos prorsus ministros ecclesiae* (principes) *noluerint, singulare tamen ipsis, in territoriis suis constituerunt forum, ne scil. de iure eorum quicquam remitteretur, nec personis ecclesiasticis implicare se negotiis secularibus permitteretur.* Enimuero singula, quae de iure clericorum circa forum priuilegiatum quaesito, et necessitate constituendorum Consistoriorum afferuntur, principia iuris canonici sapiunt, duplicemque in principe personam supponunt, quam opinionem iam supra (*Cap. 1. §. 6. in not. lit. p.*) vt erroneam reiecimus. Vnde THOMASIVS im Recht eines Evangelischen Fürsten in theologischen Streitigkeiten V Satz §. XI. *pag. 54.* optime docet: Alle Rechte die ein Fürst hat in Regierung seiner Unterthanen, hat er als Fürst, und hangen dieselbe unauflöslich zusammen, so, daß, wenn man einige davon nehmen wolte, eine unvollkommene, und zur Regierung der Unterthanen nicht zulängliche Majestät daraus entstehen müste. Vor der Reformation waren freylich die iura episcopalia von den iuribus principum unterschieden, weil man im Pabstthum es für eine Tod-Sünde hielte, wann ein Fürst sich die iura episcopalia, die doch in der That auf weltliche Sachen giengen, anmassen wolte. Nach der Reformation aber ist es am besten, daß man diesen Unterscheid wegläßet, weil er zu einigen falschen Conclusionibus Ablaß giebt. : : Als daß es allerdings nöthig sey, daß ein Fürst in seinem Territorio ein Consistorium aufrichte, und die so genannte Consistorial-Sachen davor debattiren lasse. Neque ferendum est, *posse politia alicui ab alterius cuiuscunque politia liberalitate atque indulgentia praeiudicari, exemtionesque et immunitates clericis conferendas illi praescribi, qua ob instantem necessitatem, aut ob alias rationes bonum et statum reip. concernentes, idem nec potest, nec vult praestare,* vti loquitur VOETIVS *d. l. probl. 2.* Aliud vero est, annon consultius fuerit, causis clericorum, vt aliis causis arduis, forum speciale assignare; quod vtique, pro diuersis tamen cuiusque reip. affectionibus et statu, affirmandum. MEVIVS *part. 3. dec. 415. n. 9.* SECKENDORF. *histor. Lutheran. lib. III. sect. 19. § 62. n 7. et sect. 27. §. 110.* in addition. Conf. *ius eccl. tit. de off. vicar. § 17. seq.*

x) Factum illud in Saxonia per *ordinat. polit. de anno 1612. tit.* von *Consistorial*-Sachen *n. 1. verb.* Und weil vors andere vermöge der an. 1580. publicirten Kirchen-Ordnung *sub tit.* von *Immunitäten* ꝛc. die Schul- und Kirchen-Diener alleine in real-Klagen *Clerici debitores in Consistoriis forum sortiuntur.*

communiter *Consistorium* das geistliche Gericht, appellari consueuit y), et in locum *iudiciorum Officialatus* apud Catholicos successit z).

Qua constituuntur a summa potestate ciuili.

Statibus Imperii:

§. X. Constituuntur vero Consistoria regulariter ab eis, quibus *ius circa sacra* competit. Equidem hoc non solum *summæ in republica potestati*, tanquam pars eminens iuris Maiestatici, inhæret a): sed et *Statibus Imperii* protestantibus vigore superioritatis territorialis competit b), quibus illud per

Quæ causæ consistoriales sint?

Klagen und hohen Frevel und Malefiz-Sachen, nicht aber in Schuld-Händelen, und anderen *actionibus personalibus* vor der weltl. Obrigkeit belanget werden können; immassen denn solches bishero in unseren Consistoriis gehalten: als lassen wir es bey erwehnten Verordnungen ꝛc. billig bewenden. Freund-Brüderl. Haupt-Vergleich, *de anno 1682.* ibi: „die Bottmässigkeit ꝛc. De eo quoque disponit Magdeburgische erklärte und verbesserte Proceß-Ordnung *Cap. 1. §. 6.* Die Prediger, so wohl derer Wittben und Erben :: haben :: in allen *actionibus personalibus* ausser dem Consistorio kein ander forum zu erkennen. Et §. 23. Vor dem Consistorio nun haben ihr forum alle Prediger, so viel ihr Amt, oder andere *personal*-Sachen betrifft. Conf. BRUNNEM. *l. E. lib. III. C. 1.* §. 1.

Consistoria apud exteros.

y) In Anglia Consistoria dicuntur *curia christianitatis*, et in Helvetia das Chor- und Ehe-Gerichte. NAEVII Priester-Recht *Cap. IV.* § 16. FRITSCH. ad ANT. FABRI *tr. de religion. in rep. regenda p. 346. et 379.-384.*

z) Inde est, quod a quibusdam regula conficiatur, *omnes illas causas ad cognitionem Consistorii pertinere, quæ apud vicarios catholicorum peraguntur.* Vid. BODIN. differt. *de illicita a principibus protestantibus prouocatione in caus. eccles.* §. 18 Sed vid. B. TITII Probe des teutschen geistl. Rechts *lib. 1. Cap. 6. §. 12. seq.*

a) Vid. HUGO GROTIUS *de imperio summarum potestatum circa sacra.* THOMAS. *differt. de vindiciis iuris Maiestatici circa sacra* CONRING. *de mai. ciuil. autoritate et officio circa sacra.* Add. ZIEGLER. *de iurib. Majest. lib. I. c. XIII. §. 22. et sq.* B. S. STRYK. *de iure papali princ. euangel. c. 1. § 1.*

b) *Fac enim*, inquit AUTOR *medit. ad §. 30. art. V. pac. Westphal. lit. f. p. 316 ecclesiasticam cleri potestatem contra protestantes suspensam vel abolitam esse, sane statim reuixisset supremum principis ius circa sacra, quod hactenus ecclesiastici ordinis ambitu et importunitate suppressum erat, et ideo, cum res in naturalem suum statum redierit, quo fuit, antequam clerus se erigeret et venditaret, non opus esse iure vicario: sed principem suo iure sacrorum

per pacificationem religiosam c), et deinde per pacem Westphalicam d) plenissime restitutum fuit. Ex huius dispositione sibi *nobiles immediati* ius Consistorii non minus recte vindicant e): nisi illud ius vel expressa conuentione et consensu, vel longa possessione et moribus, a vicinis principibus, vel inferioribus suis diminutum sit f).

Et nobilibus immediatis.

§. XI. Neque tamen status Imperii, et nobiles immediati sibi vnice ius Consistorii et iurisdictionis in clericos adscribere possunt; siquidem *ciuitates* quædam *municipales* g), ac

Aliquando etiam a mediatis.

rum curam gerere, cum nemo sit, qui impediat, amoto semel clero pontificio. Conf. RHETII *dissert. de iure statuum imp. circa sacra.* MYLER ab EHRENBACH. *de statib. imp P. II. Cap. 82. 83. 84.* LVDOLPHVS HVGO *de statu region. Germ. C. III. §. 28.*

c) *Rec. Imp. 1555.* §. Damit auch 20.

d) *Art. V. Instrum. pac. Cæsar. Suec. passim, et § 48.* Quam grauiter antea catholici tulerint, quod principes euangelici iurisdictionem ecclesiasticam Metropolitanorum amplius nollent agnoscere, docuit AVTOR. *medit. loc. cit. § 48. lit. u.* Conf. STRYK *cit. diss. Cap. IV.*

e) *cit. § 48.* ibi: *comprehensa libera imperii nobilitate.* Ex quo patet, nobiles immediatos talia certe iura possidere, quæ superioritati territoriali proxima sunt. vid. Ill. Dn. COCCEI. *iur. publ. prud. Cap. XXI. §. 14.* et CHRISTOPH. MINGIVS *diss. de super. territ. Cap. 1. concl. 47. iunct. concl. 62.* quamuis illi ex mente quorundam ipsum superioritatis territorialis ex[...]nens ius sibi adscribere nequeant. LVDOLPH HVGO *d. l. Cap. V. § 5. 6.* STRAVCH. *differt. Exoter. IX th. 22.* Vid. SCHWEDER. *Introd. ad ius publ. p. spec. sect. II. Cap. 10. et 12.*

f) FRITSCH. *exerc. iur. publ. VIII. §. 35.* et KNICHEN. *de subl. et reg. terr. iur. Cap. IV. n. 6. seqq.*

g) Conspicuum illud in Lusatia in denen Sechs-Städten, quæ iurisdictionem in clericos hucusque exercuere, vt docui in *I. E. lib. I. tit. 28. p. 623.* Eodem priuilegio pollent Magdeburgum, Luneburgum, ciuitas Stadensis in ducatu Bremensi, et Mindensis vrbs. Vid. LVDOVICI *Consistorial*-Proceß *Cap. III. § 19.* et B. STRYK. *in addition. ad* BRVNNEMANN. *lib. II. I. E. c. 8. §. 25. p. 459.* Inprimis vero ciuitatis Stralsundensis priuilegium in hoc passu notandum, quod Rex Sueciæ ad conseruandum illud in instrumento pacis Westphalicæ se expresse obligare debuerit. Vid. *d. instrum. pac. art. X. §. 16.*

Exempla ciuitatum, quæ ius Consistorii possident.

ac *nobiles mediati* h) vel ex concessione principis, vel immemoriali

§. 16. ibique AVTOR *medit. lit.* 9. MEVIVS *quaest. prelim. ad ius Lubec. NI.* §. 20. *sqq.*

Ius nobilium mediatorum circa iurisdictionem eccles.

h) Exemplum praebere possunt eo mites et nobiles mediati in ducatu Gothano, quibus clerici in prima instantia subiacent. Vid. Gothaische Landes-Ordnung *part.* 1. *c.* 2. *tit.* 5. In summis quoque imperii tribunalibus nobilibus mediatis saepius iurisdictio ecclesiastica asserta fuit. KLOCK. *Vol.* 1. *Conf.* 20. *n.* 352. *sq.* MEVIVS *P. II. dec.* 330. *n°* 10. *et P. III dec.* 24. Vt vero eo melius de hac controuersia iudicium ferri possit, hic inserere placuit responsum ab illustr. Facultate iuridica *mens. Octobr. anno* 1715. conceptum.

Hat Graf Heinrich von Schwartzburg anno 1458. die Herrschafft Wieha, welche in Chur-Sächsischen Territorio gelegen, mit aller Herrlichkeit, wie solche bemeldter Graf Heinrich selbst besessen, an die Herren von Werthern verkaufet, und als hernach die reformatio religionis erfolget, haben die Herren von Werthern die geistliche Gerichte in solcher Herrschafft zu exerciren angefangen, auch beständig damit continuiret; es ist auch niemahlen deshalb ein Streit entstanden, als daß anno 1576. eine Kirchen-Visitation vorgenommen werden sollen, da dann die Grafen von Schwartzburg sich zwar solcher Visitation angemasset, die Chur-Sächsische ihnen aber dißfals widersprochen, und die Schwartzburgische Visitation bey 500. Fl. Strafe anzunehmen verbothen, worauf aus der Visitation gar nichts geworden, sondern die Herren von Werthern nach, wie vor, bey dem exercitio der geistlichen Gerichte verblieben, bis anno 1680. und hernach anno 1711. dießfals einiger Zweifel erreget worden.

Ob nun wohl die Herrschafft Wieha im Chur-Sächsischen Territorio gelegen, und es dannenhero das Ansehen gewinnen möchte, daß propter ius episcopale, serenissimae electorali domui Saxonicae competens, die Herren von Werthern der geistlichen Gerichte sich anzumassen nicht berechtiget, zumahlen der Religions-Frieden und die hernach erfolgte sanctiones pragmaticae nur inter status imperii, nicht aber inter eos qui a statibus feuda possident, et sic mediati sunt, per modum conuentionis publicae aufgerichtet worden, ferner die praescriptio contra leges imperii publicas dem Ansehen nach nicht statt findet, und selbige über dem, wann sie auch sonst statt hätten, per mandatum poenale de anno 1576 interrumpiret worden.

Dennoch aber und dieweil (1) bey dieser Frage ein guter Unterscheid inter ius circa sacra, wohin das ius condendi leges ecclesiasticas, ius indicendi dies festos, ius dispensandi, und dergleichen gehören, et inter iurisdictionem ecclesiasticam, siue potestatem cognoscendi de controuersiis ecclesiasticis, easque decidendi, gemachet werden muß, (2) die Herren von Werthern das ius circa sacra, welches zu der superioritate territoriali gehöret, gar nicht, sondern nur bloß iuris-

moriali præscriptione obtinuerunt, quo clerici debitores coram iudicio ecclesiastico, ab eis *subordinate* constituto, conueniri debeant. Quod non minus verum est in illis, qui inuestiti sunt mit denen geistlichen und weltlichen Gerichten i).

§. XII.

iurisdictionem ecclesiasticam prætendiren, (3) auch diejenige, welche nicht ad classem statuum imperii gehören, dieser geistlichen iurisdiction nicht unfähig sind, wie solches die Exempel vieler municipal-Städte, als Stralsund, Magdeburg, und dergleichen bewähren, und solches von bewährten Rechts-Lehrern deutlich gezeiget wurden,

COTHMANN. *vol. 4. resp. 33. n. 39. seq.*

MEVIUS *part. II. decis. 365. in not.*

nec enim suspensio iurisdictionis ecclesiasticæ eam in tantum statibus imperii adpropriauit, vt mediati eiusdem plane incapaces sint, sed tantum effecit, vt catholici eandem non amplius exercerent,

LYNCK. *de iur. episcop. c. 4. n. 104. seq.*

woraus (4) das dubium, ac si præscriptio iurisdictionis ecclesiasticæ contra leges imperii publicas impingat, zugleich hinweg fället, (5) die Herren von Werthern seit der Reformation die iurisdictionem ecclesiasticam per tempus immemoriale beständig exerciret haben, (6) das mandatum pœnale de anno 1576. diese præscription derer Herren von Werthern ratione dictæ iurisdictionis ecclesiasticæ auf keinerley Weise interrumpiren können, weil der Streit zwischen Chur-Sachsen und denen Grafen von Schwartzburg gewesen, selbiger aber die Herren von Werthern keinesweges angegangen, und es also bey der bekannten Rechts-Regel verbleibet, quod quæuis inter alios acta aliis non noceant,

PEREZ. *ad tit. Cod. inter alios acta etc.*

(7) die iurisdictio ecclesiastica per modum præscriptionis de iure adquiriret werden kan:

LYNCK. *d. Cap. 4. n. 104. et Cap. 3 n 32.*

So erscheinet daraus allenthalben so viel, daß die Herren von Werthern die geistliche iurisdiction bey der Herrschaft Wieha rechtmäßig adquiriret, und sie dannenhero dabey nicht zu beinträchtigen, sondern vielmehr zu schützen. V. R. W.

i) Dissentit hic cum WEBERO *tr. de iure Consistor.* c 41. inter alios BRVNNEM. *I. E. lib. III. C. 1. §. 4.* exinde, quod nihil aliud his verbis, quam *ius patronatus* concessum existimet, patronis vero in caussis pastorum iudicare prohibitum sit, BRVNNEM *cons. 142* adeo vt nec magistratus, cuius sumptibus clerici aluntur, illos a consistoriis eximere valeat. B. STRYK. *de foro ministr. Princ. Cap. 1. §. 9.* Verum enim vero aliud est, quem inuestitum esse mit allen und *Patroni de litibus clericorum non cognoscunt.*

A subditis protestantibus in terris Catholicorum.

§. XII. Praeterea notatu dignum est, quod si *subditi protestantes* in ditionibus dominorum catholicorum existentes, quacunque anni 1624. parte proprium Consistorium cum *cognitione de caussis clericorum obaeratorum* habuerint, illud in posterum retineant, neque officialibus episcoporum quid iuris in eiusmodi clericos competat k). Sin autem subditi illud docere nequeant, clerici in caussis debiti coram ordinariis iudicibus iuxta *obseruantiam anni decretorii* 1624 conueniri poterunt l).

§. XIII.

und jeden Gerichten, sub quibus *ius Consistorii*, vtpote speciale, haud contineri concedo: et aliud rursus est inuestitum esse mit denen geistlichen Gerichten, quae verba certe latius, quam ius patronatus patent.

k) *Instrum. pac. Caesar. Suec. art. V. §. 31.* Notissima est ex *hoc* §. nata controuersia inter episcopum Hildesiensem, eiusque subditos protestantes, cuius fata enarrat AVTOR *medit. ad d. § 31. cit. l. p. 543. seq.* quae anno 1711. ita composita, vt statibus prouincialibus peculiare Consistorium confirmatum fuerit, de quo in *Recessu §. 17* ita cautum: Vor diesem Consistorio sollen nicht allein ea, quae sunt ordinis et iurisdictionis ecclesiasticae, -- sondern auch alle partes huius iurisdictionis, so wol über jetzt besagte Personen in grösseren und kleineren Stifft, tam quoad praedictas causas et negotia mere ecclesiastica et spiritualia, quam quoad causas matrimoniales, item personales, so die Prediger, Schul- und Kirchen-Diener, deren Wittwen und Kinder, so lange sie in der Eltern Brod stehen, angehen, ,, tractiret, gerechtfertiget und exequiret werden. FABRI Staats-Cantzley *tom. XVII. Cap 13.* Erfurtensis etiam ciuitas speciali Consistorio gaudet, quod Ministerio collatum est, vnde *iudicium ministeriale* vocatur. LVDOVICI *cit. l. Cap. III. §. 19. in f.* Memorabilis adhuc est conuentio inter Imperatorem IOSEPHVM et Regem Sueciae, Ranstadii anno 1706. Inita, qua Consistoria, quae in principatibus Silesiae tempore pacis Westphalicae fuerunt, denuo confirmantur. Vid. IOSEPHI Leben und Thaten *Part. II. p. 248. et Executions. Recess de anno 1709. art. 13. et 14. d. l. pag. 271. seqq.*

Deficiente Consistorio clerici protestantes in indicio ordinario conueniuntur.

l) Per *§ 48. art. V. instr. pac. Osnabr.* vbi protestantes iurisdictioni ecclesiasticae ad normam anno 1624. vlterius quoque subiiciuntur, in singulis casibus, *qui A. C. non concernunt, modo ipsis ratione processus nihil iniungatur A. C. vel conscientiae repugnans.* Iam vero neque A. C. concernit, nec conscientiae repugnat, causas clericorum obaeratorum coram alio iudice,

Quidam clerici alibi conueniri debent.

§. XIII. In tantum vero fundata est Consistorii, vbi id erectum, iurisdictio, vt illud singuli clerici agnoscere teneantur, quod limitandum ratione *Canonicorum* in pluribus Protestantium capitulis, qui si a creditoribus suis conueniantur, in prima instantia *coram capitulo* forum sortiuntur m). Quotiescunque vero ipsa *capitula* aut *Prælati*, qui inter status prouinciales referuntur, æs alienum contraxerint, non nisi *in summis dicasteriis* principum actio institui potest n). Sed et hoc tenen-

ce, quam proprio Consistorio ventilari. Quamobrem decisio ad dominum territorii iudicesque ab illo positos spectabit. Quid Hildesiæ ante *Rec. nouiss.* iuris fuerit, vid. *eiusd. art. VI.* Add. B. STRYK. *de foro ministr. princ. Cap. I. §. 10.*

m) Hoc in episcopatu Merseburgensi obtinere, probatur ex CARPZOV. *lib. II. respons. 35.* vbi *n. 4.* adducit capitulationem 1503. initam huius tenoris: Daß Se. Fürstl Gnaden gegen die Prälaten, Domherren und andere Stiffts-Personen, und derselben Gesinde, eintziger Gerichtbarkeit, anders dann von Alters herkommen, sich nicht anmassen, desgleichen auch dem Capitul an ihren Gerichten, welches sie niederwärts bis an das Creutze, und in den Häusern und Höfen der Prälaten, Domherren und Vicarien, so weit sich die Freyheit erstrecket, auch in der Pfarre S. Maximi, Cämmerey und Beckerey, und hinaufwärts bis in das Thor, da man nach St Peters-Closter gehet, und an das Schloß-Thor, desgleichen auf dem Lande in ihren Dörfern, Fluhren und anderswo, wie sie solche bis anhero gehabt und gebrauchet, keinen Eintrag noch Gewalt thun oder lassen wolten. De ciuitate H. (forte Halberstadiensi) idem allato responso testatur ZIEGLER. *de iurib. maiest. lib. I. C. 19. §. 10.* Seynd in der Stadt H zwo unterschiedene iurisdictiones, da jedes sein eigen absonderlich iudicium, sowohl in bürgerlichen Sachen, als auch in peinlichen: als das Thum-Capitel über die Thum-Herren, Vicarien, und deren angehörige Diener, der Rath aber uber ihre Bürger hat, etc. Quæ ratio instantiæ in capitulo cathedrali Magdeburgico sit, de eo disponit Erklär. und Verbess. der *anno 1080.* publicirten Magdeburgischen Process Ordn *Cap. 1. §. 10.* Unsere Dom-Capitularen zu Magdeburg aber behalten - - die erste Instantz bey dem Capitul, jedoch salua appellatione an unsere Regierung

Canonici capitulo subiacent.

n) Erklärung etc. der Proceß-Ordnung *d. l.* Es werden unter denen priuilegirten Personen das Dom-Capitul und die Prälaten von Clöstern und Collegiat-Stifftern, welche Stände des Landes sind, nicht verstanden: sondern, wenn dieselbe entweder als Collegia, oder einige ihres Mittels und

Vbi capitula et prælati conueniantur?

tenendum, quod clerici debitores, qui ſimul *membra* aut *ciues Academiæ* ſunt, *in ſenatu academico* quoque compellari queant, cum idem hoc caſu concurrentem cum Conſiſtorio iurisdictionem exerceat o).

Conſiſtoria dependent ab arbitrio conſtituentium.

§. XIV. Quamuis autem clericos in Conſiſtoriis ob debita ciuilia quotidie conueniri videamus, illud nihilo ſecius vnice ab arbitrio conſtituentium dependet. Sicuti enim ex beneplacito p) eorum Conſiſtoria erecta; ita illis aut omnis rurſus iurisdictio, aut pro parte adimi poteſt, et deciſio cauſarum clericalium aliis collegiis politicis demandari q): niſi pacta cum ſubditis, aliisque inita adſint, quæ abrogationem prohibeant r). Vnde conſtat, quam male de iuribus principum illi ſentiant, qui cauſas clericorum a Conſiſtorio, quantumuis ex iuſta cauſa, auocari s), aut commiſſariis a principe delegari poſſe t) negant.

§. XV.

und deren Erben in perſonalibus oder realibus in Anſpruch genommen werden, ſell ſolches nirgends anders, als vor der Regierung, welche das Regiment an unſerer ſtatt im Lande führet, geſchehen.

o) Vid TITIVS Probe des Teutſchen geiſtl. Rechts *lib I. Cap. VI.* §. *35.*

p) Vid ſupra §. *IX lit. n) in not. hui. cap.*

Quantum poſſint Conſiſtoria?

q) *Tantum enim Conſiſtorio iuris competit, quantum a principe ipſi conceſſum.* TEXTOR. *diſſ. de iur. epiſc. in territ. ſtat. proteſt. th. 86.* Conf. SCHRADER. *de cauſ. for. eccl. Cap. 1.* §. *2. lit. b. in not.*

r) Vid THOMASIVS *de iure Princ. euang. circa ſolenn. ſepulc.* §. *18.* Itaque Conſiſtoria neceſſitatis ſunt in terris catholicorum principum iuxta ſtatum a. 1624. ceu oſtendi in *I. E. l. I. t. 28.* §. *21.*

Cauſa a Conſiſtorio auocari poſſunt.

s) Præcipuus inter eos eſt HENR. GEBHARDVS *de poteſt. et regim. eccleſ.* § *223.* ideo, *quod*, vt inquit, *iudicia huiusmodi eccleſiaſtica totum presbyterium eccleſiæ repræſentent, nec abſolute ad principem ſpectent, vt curiæ mere ſeculares.* Vid. THOMASIVS Evangeliſcher Fürſten Recht *part. I. th. 5.* § *14. in f.* At 1) falſo hæc nituntur ſuppoſito, quaſi Conſiſtoria repræſentent presbyteria, quod modo impugnaui in *I. E. tit. de off. archipresbyt.* § *34. 35.* 2) Conſiſtorium a principe omnino pendet, omnemque vim iudicandi ab eo accipit. Vid B. STRYK. *addit. ad* BRVNNEM. *I E. lib. I. Cap. 6.* § *6. verb. per ſua Conſiſtoria.* Auocatio tamen fieri non poteſt in Conſiſtoriis euangelicis territoriorum catholicorum. Vid. *Rec. Hildeſ. alleg.* §. *16. ſeq.* Add. MEVIVS *p. II. dec. 134. et p. I. dec. 217. n. 1.*

t) Conf. LVDOVICI *d. l. Cap. V.* §. *36.*

Quamobrem alicubi contra clericos debitores in iudicio ciuili agitur;

§. XV. Et hæc ipsa quoque praxis non destituit. *Noribergæ* enim u) et *Hamburgi* x) Consistoria peculiaria deficiunt, ibique *clerici debitores* coram *senatu* aut eius deputatis conueniuntur y). Idem de ciuitate *Francofurtensi* testatur VFFENBACH yy). Alicubi in Cancellariis consistorialia expediri solent z). De *Hassiæ Landgrauiatu* obseruandum, ibi causas clericorum ciuiles, siue ex debito oriundas, in *ordinario* et *ciuili iudicio* ventilari a), quod in *Regia Berolinensi* non minus moris est b). Præterea clerici militares, die Feld-Prediger, non in Consistoriis, sed in *foro militari* ob contractum æs alienum conuenti respondere tenentur c); nisi in eorum

Et militari.

u) HENR. LINCK. *differt. de iud. reip Norib. Cap. II* §. *11. 12. 13.* et WAGENSEIL. *de ciuit. Norib. in addend. p. 376.*

x) BEYER. *in position. ad ff. tit. de iurisd. posit. 52.*

y) BRVNNEM. *iur. eccles. lib. III. Cap. 1.* §. *2. 3* ibique STRYK. *in addition.*

yy) *De iudicio Cas. aul Cap. V. Sect. 2. p. 15*

z) LYNCKER. *de grauam. extraiud C III. Parc. 2. Sect. 2.* §. *8. n. 25.* Ita Cellis quoque et alibi Consistorium partem quandam et appendicem regiminis saltem constituere, notat SCHRADER. *de caus. fori eccles. c. 1. tit. 1* §. *1. lit. 1) in not.* Et tunc subscribi solet Fürstl. zu denen *Consistorial* Sachen Verordnete rc. LAVR. OHM. *de I. Episc. th. 16. lit. a)*

a) *Per ordinat. Consistor Casselan. Cap 8.* Daß in andern ciuil- und politischen Schuld- Schaden und dergleichen Sachen und Forderungen, die mit ihrem geistlichen Stand und Amt keine Gemeinschaft haben, sie bey ihrer ordentlichen und weltlichen Instantz und Gerichts- Zwang gelassen werden sollen.

b) Cammer-Gerichts-Ordnung *1709. tit. 10.* §. *12.* Was die geistliche Personen betrifft, soll in ciuilibus causis, gleichwie dem magistratui inferiori, also auch unserem Cammer-Gericht die iurisdiction gelassen werden. Add. *Rec. Marchic. 1653.* § *17. verb.* Soll in *ciuilibus causis etc.* Inde Ill. Dn. COCCEI. *de differ. iur. ciuil. et Marchic. cent. I. tit. 4* § *3.* clericos in Marchia iudici laico in causis debiti subiectos asserit: quos coram patronis conueniri, *ex eodem Rec.* existimat STRYK ad LAVTERB. *tit. de iudic. p. 104. v. clericus.*

Consistorialia a regimine expediuntur.

c) SPATE *Auditeur Sect. I. Cap. 6.* §. *4. sqq. p. 228.* vbi illud in clericis catholicis fallere tradit.

eorum fauorem speciale Consistorium, quod *militare* dicitur, erectum sit, quod de causis clericorum ciuilibus cognoscit d).

Horum clericorum in secunda instantia.

§. XVI. Denique, vtcunque contra clericos debitores in Consistorio pronunciatum fuerit, sententia absque dubio *appellationi* obnoxia est. Equidem in quibusdam locis instituta reperiuntur *Consistoria inferiora*, geistliche Unter-Gerichte e), vbi appellationes ad *Consistorium superius* diriguntur f). Sed vbi hæc deficiunt, recursus datur ad *principem* g), aut summa *territorii* dicasteria h). Enim vero ad *summa Imperii tribunalia*

An ad Cameram appellari possit?

d) Factum illud a potentissimo Rege Borussiæ in gratiam suorum exercituum. Vid. *Reglement* des *Militair Consistorii de anno 1711.* Es stehen auch unter solchem Consistorio castrensi alle und jede Guarnison und Feld-Prediger, welche sich desselben iurisdiction und cognition unterwerffen müssen. Es sey denn, daß dieselbe wegen einiger irrigen Lehren beschuldiget würden, welchenfalls das Consistorium castrense dergleichen Sachen an die Consistoria ordinaria zu verweisen hat. Add. Königl Schwedischer Kriegs-Artickels-Brief *tit. 3. n. 16. etc.* Königl. Dänische Kriegs-*Instruction Cap 5.* Von den *Consistorial* oder geistlichen Kriegs-Gerichten *n. 24. etc.* Jurischisches Kriegs-Recht *tit. III. art. 10. sq.*

Consistoria inferiora.

e) Vti in ducatu Gothano et adiacentibus locis, Gothaische Landes-Ordnung *Part. I. c. 2. tit. 6.* et in terris comitum a Reuß. LVDOVICI *d. l. C. 18. §. 4.* De Holsatia testatur FVCHS *in tr. ad prax. lib. 1. Cap. 22. et 23.* ibidem præter Consistorium generale, plura specialia, tam in districtu Regio, quam ducali constituta esse. Add. *supra §. 11. huj. Cap.*

f) CASP. LEIPOLD. *de concurr. iurisd. qu. vlt.* LYNCKER. *alleg. tr. Cap. 6. §. 26. num. 7.* Conf. SECKENDORF. Teutscher Fürsten-Staat *Part. 2. Cap. 12. §. 3. vers. 2.*

g) Quippe *princeps*, vti inquit AVTOR *medit. ad §. 31. art. V. instr. pac. lit. o) procul dubio non concurrentem saltem, sed longe maiorem etiam atque superiorem habet iurisdictionem,* (quam Consistorium). *quibus locis id ipsum non specialibus pactis, vel lege imperii circumscriptum est.* Conf. BRVNNEM. *I. E. lib. III. c. 16. §. 1.*

h) Eo redit sententia THOMASII *de iure priuo euang. circa solenn. sepult. §. 11. in f. Sanctius,* inquit, *consilium principis personam magis immediate sustinet, quam Consistoria eidem inferiora; euidens est, eadem, quæ de iure principis in oppositione ad Consistorium suum afferuntur, adserenda quoque esse de consilio eiusdem intimiori politico.* Confirmat illud Churfürstl Braunschweig-

lunalia prouocari nequit i), nisi ex opinione quorundam, si sententia nullitate laboret k). Nonnulli quoque existimant tunc iurisdictionem Cameræ fundatam dici posse, quando causæ clericorum ciuiles in iudicio ciuili ventilatæ sint; eo quod ita non amplius vt ecclesiasticæ, sed vt *mere ciuiles* considerentur, et sic cum cæteris causis laicorum ciuilibus per appellationem ad Cameram deferri queant kk).

§. XVII. Notandum adhuc est, quod, si Consistoria euangelica in terris Catholicorum formata sunt, ad dominum territorii appellari haud possit l), et illo tantum casu prouocatio admittatur, si totum Consistorium, *vt suspectum*, recusatum fuerit m). Modo non adsint pacta contraria, vti in princi- *Quid iuris in terris catholicorum?*

schweig-Lüneb. Ober-*appellations*-Gerichts-Ordnung *p. II. tit. 1.* §. 3. Wenn in ciuilibus eine Action gegen eine zu dem clero gehörige Person angestellet worden, und dergleichen jemand durch die Erkäntnissen unseres Consistorii sich beschweret achten solte, mögen nicht weniger solche Sachen durch ordentliche appellationes an unser Ober-appellations-Gericht gebracht und angenommen werden. Add. Sächsisch. Kirchen Ordn. *tit.* vom Ober-*Consistorio*. §. Es soll rc. Kön. Preuß. gemeiner Bescheid *de a 1708.* § IX. Magdeb. verbess. Proceß-Ordnung *c. 43.* §. *9.* LINCK. *de iur. episc. c. 12. n. 59.* MEVIVS *p. II. dec. 364. sqq. Part. II. dec. 364. sqq. P. III. d. 415. p. IV. dec. 1.*

i) HORNIVS *iur. publ. prud. Cap. 39.* § *8.*

k) Quam in rem H. SCHWARZKOPFII, Cancellarii Brunsuic. monita adducit SCHRADER. *cit. l. tit. 1.* §. *8. lit. b. in not.* Sed hanc opinionem, vt erroneam, oppugnat BODINVS *cit. differt. de illicita a princ. protest. prouocat. in caus. eccles.* §. *28. 29. 30. et 31.*

kk) Eiusdem opinionis esse videtur VFFENBACH. *d. l.*

l) Deductum illud in *antiuindiciis statuum Episc. Hildes. euang. p. 38. sq. p. 63. sqq. et 238. sqq.* et confirmatum per *Res. nouiss. 1711.* §. 18. verb Noch (sollen) die vor das Consistorium gehörige, oder allda rechtshängige Sachen, von dannen auociret, noch vor den Landes-Fürsten, Thum-Capitul, oder ein ander Gericht, es sey unter dem Namen von appellation, recurs oder unter was für einen prætext es sonst seyn möchte, gezogen werden. Erfurti a Consistorio ad senatum quoque, non ad electorem Moguntiæ, prouocatur, qui caussam iterum Consistorio delegare solet, teste LVDOVICI *Consistorial* Proceß *c. 18.* §. *9.* *A Consistoriis quando ad principem non appelletur?*

m) SCHRADER. *alleg. l.* § *7. et lit. a) in not.*

principatibus Silesiæ, vbi quondam IOSEPHVS imperator appellationem a Consistoriis Euangelicorum sibi expresse reseruauit n).

In quibus debitis fori priuilegium clericis competat?

Debitores ordinari nequeunt.

§. XVIII. Satis iam actum de foro priuilegiato clericorum debitorum apud Catholicos et Protestantes: speciatim in præsentis videndum de qualitate debitorum, simulque inquirendum, an quibuscunque debitis hoc forum debeatur? Præmitto autem ante omnia, veteribus canonibus o) prohibitum esse, debitores, maxime ad ratiocinia obligatos ex administratione, tum *publica*, tum *priuata* p), ordinare, quod tendere hoc videretur in præiudicium creditorum q).

De facto ordinati an priuilegium fori amittant?

§. XIX Si tamen talis debitor *de facto* ad ordines admissus est, non satis definiunt canones, an clericatu assumto, pro

n) Vid. Schlesischer *Extensions-Recess 1709. art. 13. et 14* ibi: *salua semper appellatione immediata* an ihre Käyserl. und Königl. Majest.

o) In *concilio Carthag. a 348* celebrato *Cap. 8.* disertis legitur verbis, *vt diaconi non ordinentur, qui procuratores et tutores et actores et curatores pupillorum fuerunt, nisi post deposita et reddita ratiocinia.*

p) Debitores ex priuata administratione excludit. LYNKER. *in anal. ad* DESSEL. *erotem. tit. de oblig. ad ratiocin. non ordin.* sed, vt ex adducto canone liquet, inuito iure canonico, eiusque ratione.

Debitores ordinari, nocet creditoribus.

q) Præiudicium creditorum in eo versari creditur, tum quod magis *fori declinandi* gratia id debitores fecisse præsumantur, tum etiam, quod rigore iuris contra eos, qua clericos, vti prohibitum sit, ob beneficium competentiæ, quod eis indulgere solent, de quo *Cap seq.* vid. WIESTNER. *in institut. iur. canon. cit. tit. n. 1.* An autem hoc præiudicium creditoribus reuera creetur, §. *seq* indicabo. Sane si vel maxime hoc præiudicium non sit creditoribus metuendum, constat tamen, quod clerici vt plurimum ex variis aliis caussis difficilioris conuentionis sint, et quod præterea canones noluerint asylum præbere pessimis quibuscunque debitoribus. Sed eadem ratio facit, vt etiam ex aliis caussis debitores non debeant admitti ad ordines, quia rationes adductæ ad hos quoque quadrant, quod etiam admittit BARBOSA *in iur. eccles. lib. I. c. 37. n. 131.* eo in casu, si ære alieno grauatus in bonis non habeat, vnde creditoribus satisfacere possit.

pro *debitis antea contractis* mutet forum? an etiam in his priuilegiis clericalibus gaudeat? Et quidem clericum, qui administrator fuit, a iurisdictione seculari hoc ipso non eximi, sed conueniri posse in foro *gestae administrationis*, censent: quod tunc maxime admittunt, si alibi, quam vbi clericus est, administrationem gessit, quia creditori ex ipsa administratione ratione fori ius est quaesitum r). Sed eadem ratio suadet, vt etiam forum *gestae administrationis* non mutet, si vel maxime in eodem loco clericus fiat s).

In specie administratoris?

§. XX. Immo quia *gesta administratio* foro gestorem subiicit, vel ex *contractu*, vel *quasi contractu*; ideo idem quoque dicendum est de debitis extra forum domicilii contractis, si solutionem ibidem facere promisit, vel alia de causa ibidem consistere ad aliquod temporis spatium solet t).

Extra locum domicilii contrahentes?

§. XXI. Id quod vt euidentius fiat, statim hic subiungenda est quaestio: an clerici gaudeant fori priuilegiis, si, postquam

Idem si post ordinationem administrationem rerum etc. susciptiant.

r) Inter pontificios ita censent MVNNOZ. de ESÇOBAR. *de ratioc. admin.* c. 7. n. 25 et ESPEN. *P. III. iur. eccl. tit.* 1. c. 4. § 26. *et* 27. qui quidem loquuntur de casu, si pendente clericatu se administrationi seculari immiscent, multo magis tamen idem dicendum erit, si, antequam ad ordines admissi fuerint, administratores rerum alienarum fuerint, vt recte censet ZIEGLER. *ad Lancell. lib.* 1. *tit.* 25 §. 14.

s) Nam dum administrauit, se obligauit ad rationes reddendas sub foro seculari, in quo eo tempore constitutus fuit, a quo se eximere vix potuit per assumtionem ordinis clericalis.

t) *l. 21. de O. et A. l. 10. § 2. de iudic.* Veluti si tempore nundinarum rerum suarum gratia ibi adesse soleat, quae ibi adhuc habet. Absentes enim hodie et inuitos ad forum contractus trahi non amplius posse, colligunt ex c. 1 §. *contrahentes X. de foro compet.* nisi bona ibi sita habeant, quia sic ad comparitionem compelli possunt. Vnde forsan est, quod hodie vt plurimum propter quaecunque debita in consistoriis conueniri soleant, cum ita plures difficultates euitentur, quae actor subire debet, si in foro contractus vel quasi eosdem conuenire velit.

quam clerici iam ſunt facti, adminiſtrationem rerum ſecularium u) in ſe ſuſceperint, vel alibi contraxerint? Equidem ſi in eo loco, quo officio paſtorali præſunt, contrahunt, vel adminiſtrant, *fori priuilegio* eos gaudere exiſtimo, quoniam in eo loco ab omni alia iurisdictione exemti ſunt, et *forum contractus*, quem in eo loco inierunt, eos non alii foro ſubiicere poteſt, quam quod ibi *ex priuilegio* habent, cui in hoc contractu ſe ſubiecisse exiſtimandi ſunt, veluti ſi mutuam acceperunt pecuniam etc. quia vix alius adeſſet caſus in ciuilibus, quo fori priuilegio gaudere poſſent. Aſt ſi alibi x) geſſerunt

An negotiationes clericis interdictæ?

Clerici, negotiis ſecularibus ſe immiſcentes, fori priuilegium amittunt.

u) Equidem negotiationes et adminiſtrationes rerum ſecularium clericis eſſe prohibitas, patet ex *tit. de vita et honeſt. cler. et tit. ne cler. vel monachi ſecul. negot. ſe immiſceant.* Quod pluribus illuſtrat RENATVS a VALLE *in hyparcho de religioſo negotiatore*, et GRASS. ICtus Tubingenſis, *diſſert. de clericor. negotiat. prohibita.* Aſt plures communiter traduntur limitationes, quas GRASS. *cit. l. c. 5.* refert. Quin etiam ſæpe contra decorem ſui ordinis adminiſtrationem rerum ſuſcipiunt, vt quæſtio hæc de fori competentia facile emergere queat: Quid? quod LYNCKERVS *decis. 257.* exiſtimet, inter proteſtantes prohibitionem hanc ceſſare, inquiens: Die Evangeliſche Pfarrer auch mit negotiis ſecularibus und honeſtis commerciis verbündlich wohl umgehen können immaſſen der clericatus bey ihnen eine ſolche Beſchaffenheit nicht mehr, wie in dem Pabſtthum hat. Quod admitti poteſt, vt ex tali *negotiatione* obligentur, non vero vt ſimpliciter hæc illis conceſſa ſit. Conf. HILLIGER. *de foro cler. delinqu.* §. 3.

x) In Gallia hæc obtinere, docet et defendit ESPEN. *P. III. iur. eccl. tit. 1. c. 4. §. 27. ſq.* Idem aſſerit MVNNOZ. ab ESCOBAR. *de ratiocin. admin. c. VII. §. 38. ſqq.* ex ea ratione, quod clerici, mercimoniis et ſecularibus adminiſtrationibus ſeſe immiſcentes, pro ſecularibus, quoad illam adminiſtrationem habeantur. Quam rationem etiam repetit KLOCK. *de contribut. Cap. XII. n. 254.* Addi huic poteſt, clericos alibi adminiſtrantes, ex quaſi vel vero contractu, ſe ipſo obligaſſe facto, ad rationes ibidem reddendas, id quod in noſtris foris licite fieri poteſt. Huc etiam quodammodo collineat c. *f. X. de vit. et honeſt. cler.* ex quo colligitur, quod clericus, ſi non abſtinuerit a negotiationibus ſecularibus, priuilegiis clericalibus amplius frui non poſſit. Conf. SPERELLVS *decis. for. eccleſ. 125. n. 7.* GONZALEZ. *ad cit. c. fin. in f.* GARS. MARSTRILLVS *decis. 159. n. 12. ſqq.*

ferunt administrationem, si alibi contraxerunt, ibique solutionem facere promisere, puto eosdem ibidem etiam conueniri posse.

Aut communem cum conciuibus negotiationem exerceant.

§. XXII. Immo si etiam domi, vbi pastorali officio præsunt, communem cum cæteris ciuibus negotiationem exercent, wenn sie bürgerliche Nahrung treiben, et ex tali negotiatione debitores existunt, intuitu eius debiti quoque illos *magistratui oppidano* subesse existimarem. Quo pertinet, si clerici ædes braxatorias possident, et earum intuitu commercium braxatorium exercent, cum eius commercii intuitu magistratui oppidano quoque subsint y).

Si ob rationes reddendas conueniantur.

§. XXIII. Præterea si domi a magistratu seculari *tutelam*, aliamue *administrationem*, veluti *bonorum absentis*, sub cautione, vel *sequestrationem* accepissent, et eo nomine rationibus reddendis et reliquo soluendo obnoxii essent, admodum probabile est, in huiusmodi debito clericos nullo fori priuilegio gaudere z); quamuis Dd. hac de quæstione admodum litigent a).

§. XXIV.

y) Conf. CARPZ. *P. IV. c. 6. def. 6.* GRASS. *cit. differt. c. V. p. 39.* Nam etiam Professores, qui negotiationem salinariam exercent, eius intuitu non gaudent foro academico. Et quid si clerici quæstui metallifodinarum operam darent, an in hoc negotio fruerentur fori priuilegio?

z) Ita censet CORTIADA *decis. 10. n. 114.* vbi multos alios, idem defendentes, addidit. In nostris foris, vbi *prorogatio* clericis non est prohibita, hoc eo magis concedi potest, quia *ipso facto* consentur in ea causa sese submisisse foro seculari, dum vel tutores a magistratu seculari *volentes* constituuntur et confirmantur, vel si forsan absentis cognati bonorum administrationem subeunt *sub cautione*, ipso facto promittunt, se in eo foro rationes absenti esse reddituros, cum talem administrationem nemo subire possit sine magistratus autoritate. CARPZ. *P. II. C. 15. def. 48. in f.* Vnde si plures essent tutores constituti, inter quos esset clericus, et hi a magistratu oppidano confirmati, quod fieri facile potest,

Illustratur exemplo de Professoribus allato.

Administrationem suscipientes forum prorogasse censentur.

Si debitum euentualiter solutum, repetatur.

§. XXIV. Ex eadem ratione, si in concursu creditorum, formato coram iudice laico, creditori cuidam clerico soluatur *euentualiter* debitum, sub obligatione de restituendo, si forsan contra se iudicatum, vel in locum remotiorem collocatus fuerit, vt ipsi ex massa communi satisfieri nequeat, dicendum esse existimo, ipsum ab eis, quorum interest, coram magistratu seculari moti concursus conueniri posse, ad repetendum id, quod data magistratui fide solutum est b).

Aut ob factam immissionem ad rationes teneatur.

§. XXV. Nec aliud dicendum esse existimarem, si clericus a iudice laico immissus esset in bona debitoris, de quibus postmodum rationes reddere constringeretur, si vel debitor soluere paratus esset, vel creditores adsint, qui ex iure prioritatis illa reuocare niterentur, cum hæc rationum redditio

potest, omnes tutores etiam cum clerico coram magistratu hocce conueniri possent. Equidem in omnia a-

Quod in foris Catholicorum vix procedit.

dia iuit BERLICH. *decis. 273. n. 9.* et cum eo HEESER. *de ration. loc. V. n. 20* qui existimant, ad iudicem ecclesiasticum propter continentiam causæ eundum esse: sed ex falsa hypothesi ita opinantur, quasi hoc iudicium sit nobilius et superius, quod foris nostris applicari nequit, vid. supra §. *9. et 14.* ne dicam, clericum ipso facto huic iudicio se submisisse.

a) Quidam enim distinguunt, vtrum talem administrationem susceperit in statu laicali, an post susceptum clericatum. Alii simpliciter fori priuilegium hic locum habere asserunt, quibus accedit Cardinalis de LVCA *in theatro verit. et iustit. tom. VIII. de iurisd. disc. 94. n. 4. sq.* sed nullam aliam rationem adducit, quam quod in dubio regulæ standum sit, a qua tamen merito recedendum esse, antea declaraui.

b) Prorsus id non admittit LVCA *cit. l. n. 7.* quod hic agatur de cogendo clerico ad restituendam pecuniam consumtam, quod nihil aliud esset, quam exercere directam et personalem actionem cum ipso clerico non subiecto, *per viam formalis et integræ conuentionis in persona et bonis propriis.* Sed regeri potest, pontificios quidem hanc obiectionem ferire, qui nullam agnoscunt, admittuntque prorogationem per c. *12. X. de for. compet.* nullo tamen modo protestantes, quos nulla iuris ratio excludit a prorogatione, quæ hic ipso facto fit, dum iudici fidem dat de restituendo, et *literas reuersales*, quibus se adstringit ad restituendum, iudicio seculari offert.

ditio sit prioris iudicii sequela, et praeterea *ipso facto* se huic iudicio eo ipso, quoad rationes reddendas submisisse videatur, dum immissionem ab eo obtinuit c).

§. XXVI. Alios adhuc casus proponit FABER d), quibus clericus debitor coram iudice laico conueniri queat: (1) Si creditor agat ad nudam chirographi recognitionem; (2) si non opposita praescriptione fori se passus est condemnari a iudice laico ad soluendum e); (3) si tantum ad hoc agitur, vt se *Alia referuntur exempla.*

c) Creditorem talem teneri, ad rationes reddendas de fructibus perceptis et percipiendis, expediti iuris est. MEVIUS P. III. dec. 320. n. 5. Ceterum in ipsa decisione quaestionis principalis mirifice pro more titubat LVCA cit. l. n. 2. sqq. cuius rationes non adeo cohaerent.

d) Putat FABER in C. lib. III tit. 22. def. 7. n. 2. hodie nos eo iure vti, vt ex solo chirographi agnitione vel denegatione inducatur *ius tacita hypotheca*, et quoad hunc effectum, clericum debitorem citari posse coram iudice laico, vt chirographum recognoscat, cum ea interpellatione non id agatur, vt *debitor clericus* condemnetur, sed vt creditori magis cautum sit; *solam* autem *condemnationem* iudici laico esse prohibitam. Verum (1) ipse FABER in cit. lib. VIII. tit. 7. def. 8. latius refellit hunc errorem, docuitque, per talem recognitionem non induci hypothecam tacitam, cum nulla lege id cautum sit: nec (2) praxis, quam allegat, tam certa est, vt iudex huic sententiae in decidendo stare debeat. Vid. B. HARPRECHT. *in tract. pign. tac. spur.* §. 17. quin etiam si (3) certa esset, dubitarem, an hic actus coram laico fieri posset? Quamuis enim haec recognitio suscipiatur non ad effectum *condemnationis*, sed tantum *acquisitionis noui iuris*, petitio tamen principii est, vtrum tantum tunc clerici ad secularem iudicem citari nequeant, si ad eos condemnandos agitur: nam clerici testes nec ad iudicem laicum euocari possunt, quamuis illis nulla immineat condemnatio, cum adeo omnem iurisdictionem laicis in clericos denegent, vt nullus actus iurisdictionis in eos suscipi queat. *An clerici a laico citari possint 1) ad recognoscendum?*

e) Ita censet *lib. III tit. 12. def. 8.* quae conclusio in nostris ecclesiis facile admitti potest, quia prorogationem expressam admittimus, et sic etiam tacita admittenda est: sed in foris catholicorum haec sententia nullum inueniet applausum. Vnde etiam FABER valde restringit hanc sententiam, inprimis ad eum casum, de *2) Si exceptio fori non opposita.*

se declaret, vtrum transactioni stare velit, nec ne f); (4) si iudicio reali victus est, in expensas coram seculari condemnari potest g).

4) *Denique si in expensas condemnari.* de quo probabiliter dubitari posset, an clericus sit nec ne? *Nam si exploratum, notoriumque esset*, ait, *non posset videri taciturnitate ipsius actor deceptus, qui clericum esse non ignorasset.*

3) *In declaratione, an transactioni stare velint.* f) Hanc quoque conclusionem deducit ex ratione, in *nota lit. d)*. examinata, et quidem *cit. l. def. 9.* ait, hoc casu non agi ad condemnationem, ergo admittendum esse forum seculare; sed hoc non sufficere iam antea monui.

g) Ita censet *cit. l. def. 11.* quamuis hoc tantum fiat in consequentiam. Dubium enim vel inde desumi poterat, quod iudex secularis debitorem clericum de nullo debito condemnare possit: sed facile constat, hoc tantum intelligendum de casu, si principaliter *de debito* conuenitur, non si in propositæ actionis consequentiam, quam clericus temere suscepit, in expensas condemnetur, quippe quæ exiguntur maxime a fideiussore, quem vt plurimum clerici litigantes dare debent.

CAPVT III.

DE

ALIIS IVRIBVS CLERICI DEBITORIS GENERATIM.

ARGVMENTVM.

§. I. II. De diuersis iuribus Clericorum, vbi vel soluendo sunt, vel non sunt. III. IV. Obligationem cambialem valide ineunt: nisi vbi iure particulari sit interdicta: V. Talis interdictio in cambiis, ante clericatum datis, vim non habet. VI. An clerici valide fideiubeant? VII. Negatiua recensetur. VIII. Verior sententia exponitur ex iure ciuili IX.

et

et iure canonico. X. Clerici magis inidonei quam inhabiles fideiussores. XI. Quaestuaria conductio iis interdicta. XII. De vsu hodierno huius prohibitionis. XIII. An, neglecto inuentario, vltra vires hereditatis teneantur? XIV. An libri mercatorum aduersus illos semiplene probent? XV. An exceptio non numeratae pecuniae illis perpetuo competat? An sub obstagio se obligare queant? XVII. XVIII. De alienatione in clericum in fraudem tertii facta. XIX. Bona ecclesiastica oppignorare nequeunt, fructus beneficiorum possunt. XX. In hos creditores immitti possunt. XXI. Quatenus fundum ecclesiasticum in compensationem debiti tradere possint? XXII. De executione aduersus clericum debitorem. XXIII. Successor clerici ad debita eius soluenda non obligatur, XXIV. nisi sit vniuersalis successor. XXV. An ex reditibus anni gratiae sint soluenda? XXVI. Si ecclesia clerico succedit, ad ea soluenda obligatur.

§. I.

Quemadmodum ius ciuile determinat personas, quae se obligare et debitores constituere possunt; ita ius canonicum admodum sollicitum fuit, vt determinaret, quousque clerici se obligare queant? Et si se debitores aliis constituerint, quomodo cum iis procedi debeat? Quibus beneficiis gaudeant, si non sint soluendo? quae omnia et plura alia hoc et seq. capitibus examinanda erunt h).

Ius canon. plura circa debitores clericos constituit.

§. II.

h) Non caeco impetu semper assumenda. Plura iura singularia clericorum a Dd. coacervari solent, quae vt plurimum numerum tantum faciunt.

Debitores sunt soluendo, vel non soluendo.

§. II. Cum vero singularia nonnulla clericis indulgere soleant, *qui non soluendo existunt*, commodius visum fuit, hæc ad cap. sequens reiicere, et hoc capite illa referre iura, quæ clericis applicari possunt, *vtut vel maxime soluendo sint*. Deinceps cum debitores variis ex caussis constituantur, etiam ex delicto et quasi delicto i), hic tamen, vti modo præcedenti *cap. I. §. vlt.* innui, non alios intelligo, quam qui tales sunt ex *negotio licito*; qui etiam *principaliter* vsu fori tales dici solent k).

An 1) clerici ex cambio obligari possint?

§. III. Primum vero in eo habent priuilegium, quod quædam debita in eorum persona vim suam et vigorem amittant. Nam (I.) de *debito cambiali* dubitant, an clerici literas cambii aliis dare possint; et si dederint, an inde validé obligentur, vt per modum *arresti* contra eos procedi queat? Sane, qui literas cambii super debito alicui tradit, se obligat *per indirectum* ad carceres, et beneficio *competentiæ* et *cessionis* renunciare videtur l); talis autem renunciatio et obligatio clericis

faciunt, sed probari nequeunt. In eo inprimis peccarunt antiqui interpretes, quod, cum viderent, clericos esse priuilegiatos, et insigni fauore iuris munitos, vbique iis immunitates concesserint contra iuris rationem, quæ non admittit, vt iura singularia, deficiente lege expressa, alicui tribuantur. *l. 44. de LL.* Exemplo esse poterit REBVFFVS ICtus antiquissimus, qui in *tr. de priuilegiis scholarium* numerum priuilegiorum, quæ studiosis competunt, mirum in modum adauxit, cum tamen pauca admodum sint eorum priuilegia. Nec enim consuluit fontes, vnde priuilegia debebant peti, sed sine examine aliorum tradita excerpsit, et in vnum congessit. Add. *supra Cap. I. §. vlt.*

Rigor processus cambialis.

i) Per *l. 14. sq. de hered. petit.*

k) Quod peti scil et exigi etiam ab inuito potest *l. 108. de V. S.* ergo etiam in clericis præsupponitur obligatio valida, cuius etiam alii ciues capaces sunt, quamdiu non probata fuit exceptio.

l) Docet hoc natura processus cambialis, quæ tam amara et stricta est, vt qui stato tempore non soluit, statim post recognitionem carceribus mancipetur. LVDOVICI *in proc. cambiali Cap. 14.* Præterea in debitis cambialibus

clericis interdicta videtur m), ex quo colligi posset, cambia in persona clericorum vigorem suum amittere.

Quod affirmatur.

§. IV. Enimuero nec pontificii negant, clericos ex *cambio* se obligare posse n), et quamuis non Leue incommodum inde iis immineat, vt consultius sit, eis cambii vsum plane interdicere o); nihilominus tamen, vbi talis prohibitio

bialibus beneficium *competentiæ* non habere locum, hinc inde statutum est, vt in *ordin. camb. Magdeb. art.* 38. multo minus vero *cessionis* beneficium in eo locum obtinebit, cum huius commodum in eo consistat, vt carceris squalore quis liberetur, cum tamen obligatio ad carceres re uera insit debitis cambialibus.

m) De hac quæstione grauiter disputant interpretes iuris ecclesiastici, et non obstante, quod regulariter quilibet iuri suo renunciare possit, beneficio tamen competentiæ, quod clericis per *c. 3 X. de solution.* indulgent, eos renunciare non posse asserunt, quod fusius ostendit GONZALEZ. *ad cit. c. n. 7.* De quo infra *Cap. 4. § 6. seqq.* ex instituto agendum.

n) Eius opinionis est LVCA *in theatr. verit. et iustit. tom X. de cambiis disc. 18. n. 8. et tom. XV. de constit. leg. obs. 178.* quamuis dubia, antea mota, haud tangat, et tantum illud remoueat dubium, an cambium prohibitam clericis negotiationem contineat. Conf. B. STRYK. *de acceptat. literar. cambial. C. II. n. 21.*

In Saxonia clericis vsus cambiorum prohibitus.

o) Hoc Rex Poloniæ in rescripto de anno 1711. d. 22. Martii apud KONIGIVM *in not. ad ius cambiale Lips. in append. pag. 32.* optime obseruauit, rescribens: Demnach uns unser Ober-Consistorium allerunterthänigst zu erkennen gegeben, daß bis anhero unterschiedene geistliche Personen sich unterstanden, Wechsel-Briefe von sich zu stellen, und dadurch verursachet, daß, wenn sie mit der Zahlung nicht inne gehalten, gedachtes Ober-Consistorium, auf der creditorum Ansuchen, wider sie nach Wechsel-Recht zu verfahren, Anordnung zu thun, sich gemüßiget befunden, weilen das vermalen den 21. Jul. 1660. ergangene Rescript klare Maasse gebe, daß keiner, er habe Namen, wie er wolle, wenn er sich zum Wechsel-Rechte verbindet, darvon ausgenommen werden solle, sondern solches wider sich gelten lassen müsse, von welcher Generalität die clerici nirgend ausgenommen werden. Dadurch aber nicht nur allerhand Aergerniß verursachet, sondern auch denen benachbarten Pfarrern eine Last durch die einstweilige Versehung des Amts aufgebürdet worden, anderer daher entstehenden

tio cessat, ex cambio obligantur, et quidem eodem modo vt laici; cum infra ostendendum erit, eos beneficio competentiæ renunciare, et se ad carceres obligare posse p). In nonnullis tamen locis cambia eorum vim simplicis chirographi habent, nec sine ratione, cum obligatio cambialis in detrimentum ecclesiæ cedere possit q).

Nisi vbi aliud statutum.

Quæ ad cambia ante clericatum data quoque pertinent.

§. V. Quemadmodum vero tale priuilegium clericis, qua talibus, competit; ita idem iis attribui debet, si ante susceptum officium sacrum cambiale debitum contraxerint, et terminus soluendi incidat, vbi iam officio sacro funguntur r); non

stehenden inconuenienzien zu geschweigen. Allermassen wir nun die dißfals geschehene Vorstellung gar erheblich gefunden, und durch Arrestirung derer geistlichen Personen, sonderlich derer Pfarrer, an der Seelen-Pflege der anvertrauten Gemeinde, bey Patienten oder andern geschwinden Fällen, viel verabsäumet werden kan: Also haben wir wohlbedächtig resoluiret, daß künftig kein Pfarrer, Schulmeister oder Küster, bey Strafe der Suspension, oder auch wohl gar der Remotion, sich unterstehen soll Wechsel-Briefe von sich zu stellen.

p) Adhuc etiam maxime dubium est, an gaudeant beneficio *competentiæ?* prout *Cap. seq. §. 6. seqq.* demonstrabo, nec a carceribus semper liberi sunt, etiam in debitis, vt docet BARBOSA *ad c. 3. X. de solut. n. 3. sq.* quin etiam beneficio cessionis eosdem renunciare posse, infra itidem ostendam.

In elector. Saxonia cambium, a clericis datum, valet tantum vt chirographum.

q) In electoratu Saxoniæ hoc obtinet vigore rescripti regii antea adducti, vbi cautum, vt pœna modo relata quidem in clericum, literis cambii se obligantem, statui debeat, hingegen aber der Wechsel-Brief mehr nicht als Wechsel-Brief gelten solle. Hoc sapienter constitutum esse, rationes antea ex rescripto excerptæ docent; interim, deficiente tali statuto, vigor cambiis etiam quoad clericos manet, nec in iis quid remitti potest, cum iure cambiali regulariter non sint excepti.

r) Pœna quidem *suspensionis* et *remotionis* eo casu cessat, quia eo tempore, quo literas cambii dederunt, in legem prohibitiuam non peccarunt; ceterum eadem decisio hic quoque locum habebit: quamuis enim priuilegia non sint extendenda de casu ad casum, *l. 44. de LL.* magis tamen illa in gratiam ecclesiæ, cui præsunt, quam fauorem clericorum introducta videtur, quæ vtroque casu eadem est, vt ita intentio legislatoris ad vtrumque casum quoque respexisse videatur.

non vero si ab officio remoti sunt, vel illud sponte deposuere s).

§. VI. In *fideiussione* quoque (II.) clericis hunc tribuunt honorem, vt ex ea tanquam debitores conueniri non possint: sed ipso iure tuti sint t), ad instar fœminarum u): quo posito ex aliis intercessionum speciebus clericos non obligari quoque dicendum est. Nec tantum iure *ciuili*, sed *canonico* x) quoque idem statutum esse asserunt, præsertim cum inter vtrumque ius non sit statuenda differentia, et probabile non sit, iure canonico priuilegia clericorum diminuta fuisse; proinde inter protestantes etiam hoc priuilegium clericis, ex fideiussione debitoribus, denegandum non videtur y).

An 2) clerici ex fideiussione conueniri queant?

Vbi clericis fideiussiones interdictæ?

Clericis tribuuntur iura fœminarum.

§. VII.

s) Quippe depositus aut resignans clericus non potest amplius illis gaudere priuilegiis, quæ ei intuitu officii sacri, quod gerit et administrat, indulta sunt, *arg.* §. *1. l. de excus. tut. et curat.* ibi: *quamdiu administrat.*

t) Id ipsum colligunt interpretes ex *nou.* CXXIII. c. 6. vbi expresse dicitur, quod contra fideiussores clericos creditoribus nulla sit danda actio, quod etiam repetitum videtur in *nou. Leonis 86.* ex communi Dd. sententia, quam tuetur HERING. *de fideiuss. Cap. VII. n 230. sqq.* BRVNNEM. *lib. II. de iur. eccl.* c. 15. §. 32. FRANCISCVS NIGER CYRIACVS *contr. for. 212. n. 9. sqq.* LAVTERB. *ad tit. de fideiuss.* § 13.

u) Ita ratiocinatur HARMENOPVLVS *in promptuar. lib. III. tit. 6.* § *de muliere, vers. nec clericus*, vbi contendit, indistincte clericos comparari fœminis in hoc, vt fideiubere nequeant: quo ipso SCti totius vigor eis applicandus erit. Alias etiam in pluribus aliis articulis clerici paria cum fœminis iura habent. Sic cum fœminis geradam capiunt iure Saxonico: eodem ritu iurant: in feudis olim non succedebant, et quæ sunt his similia.

x) In *can. Apost. 19.* quem alii 20. dicunt, legitur: *clericus, qui fideiussorem dat, deponitur.* Ita c. *29. C. 11. qu. 1.* inter alias qualitates, quæ in episcopo desiderantur, hæc quoque ponitur: *ne fideiussor existat.* In c. *1. X de fideiuss.* hic occurrit canon: *clericus fideiussionibus inseruiens abiiciatur.* Ex quo quidam generalem prohibitionem, alii vero tantum particularem colligunt. Vid. BARBOSA *ad cit.* c. *1. n. 2.* GONZALEZ *ad d.* c. *1. n. 3.*

y) Ita putat B. STRYK. *in vs. mod. ad tit. de fideiuss.* § 3.

Affirmant id plures, subiunctis exceptionibus.

§. VII. Huic regulæ tamen varias limitationes subiungit HERINGIVS z), quæ fere regulam destruunt: videlicet, (1) si clericus fideiusserit, et contra eius personam postea nihil exceptum sit, quod tamen IDEM in dubium vocat: (2) si necessitatis et pietatis caussa fideiussionem suaserit a); (3) si clericus pro vtilitate suæ ecclesiæ fideiubeat: (4) si clerici pro se inuicem fidejubeant b): (5) si maior pars capituli licentiam fideiubendi faciat: (6) si in rem suam fideiubeant: (7) excipiendos censent cardinales, archiepiscopos, episcopos, præpositos, decanos, commendatores, canonicos regulares, et milites sacræ militiæ, quod hi multum differant a veteribus clericis, insuperque administrationem rerum secularium habeant; immo nonnunquam pro statibus Imperii reputentur.

Quod in genere statui nequit.

§. VIII. Verum nullam immunitatem clericis ex his, quæ allata sunt, tribui posse arbitror. Nam *nouell. 123. cap. 6.* non omnem clericorum, sed illam tantum damnat fideiussionem, quæ pro *exactionibus fiscalium functionum*, aut *conductione publicarum et alienarum possessionum*, aut

z) *Cap. 7. de fideiuss. n. 249. seqq.*

a) BRVNNEM. *cit. l.*

Clerici pro aliis clericis fideiubere possunt.

b) In *c. 2. et 3. X. de fideiuss.* referuntur casus, ex quibus apparet, clericos ex fideiussione ad soluendum condemnatos esse, quod ideo factum fuisse ait HERING. *cit. l. n. 252.* quod clericus pro aliis clericis fideiusserit. Ergo erga se inuicem opus misericordiæ exercere non prohibentur; bene tamen erga laicos: quæ philosophia ICto et interprete certe indigna est. Sed tamen præsidium pro hac sententia præterea petunt ex *l. 33 §. 2. C. de episc. et cler.* vbi clerici conuenti non alios, quam ecclesiæ propriæ defensores, seu quos œconomos appellant, fideiussores præbere debent, *ne, dum executoris pertinax et auara proteruitas extraneos et idoneos fideiussores flagitat, multiplex innoxia paupertati infligatur incommodum.* Verba hæc docent, in beneficium singulare hoc clericis datum fuisse, ne forsan clerici, quibus alii fideiussores desunt, ab aduersariis suis nimium vexarentur.

aut *curatione domus*, aut *procuratore litis suscipitur* c); a quo particulari casu generale argumentum strui nequit d).

Neque de iure canonico.

§. IX. Nec ius canonicum fideiussiones clericorum prohibuit, quin potius easdem esse obligatorias supponit e). Et qui in contrarium afferuntur textus, vel spurii sunt, nec annullant

c) Id docent verba *cit. nouell. Sed neque fieri susceptorem aut exactorem fiscalium functionum, aut conductorem publicarum aut alienarum possessionum, aut curatorem domus, aut procuratorem litis, aut fideiussorem PRO TALIBVS CAVSIS episcoporum etc. finimus.* Et in *fin. c. 6. aut fideiussores pro MEMORATIS CAVSIS suscipiantur.* Cum enim administratio secularium negotiorum illis interdicta sit, congruum quoque visum fuit Imperatori, fideiussionem illam nullam declarare, quam clerici pro *memoratis causis* suscipiunt, ne *per indirectum* ex his caussis, ex quibus obligari nequeunt, obligentur. Cum ergo hic adsit *exceptio*, regula in contrarium formanda est, quod regulariter clerici ex fideiussionibus obligentur. In *nou.* LEONIS *86.* sponsiones clericis prohibentur, quae sane fideiussiones non sunt, nec tamen ibi nullae dicuntur; quamuis huius, si vel maxime fideiussiones clericorum annullaret, ratio habenda non esset, cum LEONIS nouellae vim iuris hodie non habeant.

d) Verumtamen dissentientes se recte philosophari iudicant, ob generalitatem rationis, quae in *nou. 123. Cap. 6* reperitur, *vt non per hanc occasionem et sanctis domibus damnum fiat, et sacra ministeria impediantur.* Sed haec ratio tantum respicit administrationem rerum secularium principaliter ibidem prohibitam, ad quam omnino applicari potest. Alias vero per simplicem fideiussionem nec sacra ministeria impediuntur, nec ecclesiis damnum infertur, quia ita etiam ab aliis contractibus clerici essent excludendi.

Non vero pro rebus secularibus.

e) In c. *2. X. de fideiuss.* expresse supponitur, clericos fideiussores coactos fuisse, soluere debitum fideiussorium, quam sententiam Pontifex non reuocat, reuocaturus sine dubio, si fideiussio eorum nulla fuisset, quod etiam in *cap seq. 3. eod.* supponitur. Nec vlla ratione euinci potest, ideo fideiussioni robur adscriptum fuisse, quod clericus pro clerico intercessisset, quia haec interpretatio in erroneo principio se fundat, quasi generatim fideiussio clericorum vinculo iuris omni destituta esset, quod tamen ex iure canonico demonstrari nequit.

Fideiussio clericorum non est ipso iure nulla.

nullant fideiussiones f), vel plane de fideiussionibus clericorum non loquuntur g). Vnde multo minus clericos inter Protestantes h) hoc priuilegio gaudere, asseri potest.

Multo minus inter Protestantes.

§. X.

f) Canones ipsi Apostolici, vt vocantur, sunt sublestæ fidei, nullumque idoneum inde argumentum strui potest: quid? quod in *cit. can. 19.* nequidem fideiussio annulletur. Alter textus ex c. *20 C 11. qu. 1.* desumtus est ex quisquiliis ISIDORI, vt docet BLONDELLVS *in Pseudo Isidoro p. 4.* nec tamen fideiussiones annullat, sed tantum monet, ne fideiussor existat. Monita vero non sunt leges annullantes.

Interpretatio C. 1. X. de fideiuss.

g) Huc refer c. *1. X. de fideiuss.* vbi ita: *clericus fideiussionibus inseruiens abiiciatur.* Ex concilio Cantuariensi desumtus dicitur, vt rubrica indicat, sed, vt plerique interpretes iudicant, videtur ipse *canon. 19. vel 20.* Apostolicus esse, vel si alius est, de *clerico fideiubente* vix videtur loqui. Adhuc ipsa lectio dubia et anceps est. Alii legunt *fideiussoribus inseruiens*; alii *fideiussionibus inseruiens.* Vid PITHOEVS *in not. ab h Cap. lit. d* In priori et posteriori significatu sermo esse videtur de iis clericis, qui fideiussiones procurant, conciliant, et instar proxenetarum sunt. Poterant clerici variis sub persuasionibus allicere laicos ad fideiubendum, si vel pretio a debitoribus corrupti erant, quo ipso ordini suo turpitudinis quandam inurebant notam, dum fideiussores ab ipsis inducti, et ad solutionem postea coacti, grauissimas contra istos querelas gererent. Proxima est huic interpretatio, quam affert GRANANIETTO in *catena iur. ad cit. cap. 1.* qua censet, eos reprobari clericos, *qui principaliter spe lucri fideiussores se praberent, et sic quasi fideiussionibus inseruientes, seu debitorum proxeneta*, quod illicitum clericis et animaduersione dignum erat. Minus probabilis vero est GONZALEZII *ad cap. alleg. n. 4.* adducta sententia, qua credit in *cit. can.* agi de frequentiore vsu fideiussionum. Quicquid vero sit, in eo conueniunt, non tradi in *dict. cap. regulam*, sed *exceptionem*, vt in *nouell. 123. c 6.* adeoque inconueniens admodum fuit, regulam ab exceptione petere.

Clerici regulariter a nexu fideiussionis non liberantur.

Potissimum apud protestantes.

h) Monet hanc quæstionem HERING. *cit. c. 7 n. 260.* putatque, clericos, Aug. Conf. addictos, a clericis Romanæ ecclesiæ seiungendos esse, quod secularibus negotiis iis non sit interdictum, et quod alia sit illorum, ac quidem veterum, conditio; quod etiam admittit LYNCKERVS *dec. 237.* Conf. RITTERHVSIVS *de differ. iur. ciu. et canon. lib. 7. c. 13.* Vid. supra e. 2. § *21. lit. v)* Vt ad rationes HERINGII accedam, non est necesse; sufficit enim nullam adesse prohibitionem *regulariter*, quod etiam Catholicos concedere dictum est. Ex quo nec clerum pontificium a nexu fideiussionis in praxi regulariter immunem esse con-

§. X. Denique nonnulli ex dissentientibus confundere videntur duas quaestiones: (1) Vtrum clerici sint fideiussores habiles, an inhabiles? h. e. an ex sua fideiussione obligentur? (2) Vtrum vbique sint idonei, ita vt creditori, cui cautio est praestanda, possint idoneam praestare cautionem? quod quandoque i) negandum. Interim hi in nexu sunt, et firmiter obli-

Dissentientibus respondetur.

concludi potest. Immo, si vel maxime inter catholicos praxis obtineret diuersa; inde tamen ad praxin Protestantium argumentum simpliciter trahi non posset, quoniam apud nos nulla lege prohibentur se obligare ex quocunque contractu, et quamuis commercia et negotiationes illis non sint simpliciter concessa, vt ostendit GRASS. in *dissert.* supra c. 2. §. 21. *cit. l.* laudata, fideiussio tamen proprie ad *negotiationes* referri nequit, quia alioquin ab omnibus aliis contractibus excluderentur, quod falsum esse experientia docet. Quid? quod si negotiationes exercerent, obligatio tamen inde contracta vigorem suum non admittat. Nec vllam vim probandi habet ratio STEPHANI ad *nou. 123. cap. 6.* adducta, qua generatim fideiussiones clericis esse interdictas contendit, quod, quia clerici diuersis officiis vacare continenter debeant, *inidonei* fideiussores fiant in diuerso genere occupationis. Nam (1) non omnis fideiussor inidoneus est statim inhabilis: (2) haec ratio si quid roboris haberet, faceret, vt nequidem pecuniam mutuam dare aut accipere possent: (3) petiit hanc rationem ex *nou 123. c. 6.* quae tamen tantum dirigitur ad *negotiationem publicam*, quae non aeque cum officio clericali subsistere potest; ad fideiussiones autem, qua tales, applicari nequit. Inde quoque patet, limitationes supra ab HERINGIO adductas vanas esse, et praesupponere prohibitionem legis, quam finxit, non vero probauit.

i) Quaestio haec inprimis tunc emergit, quando de iudicio sisti aut iudicatum solui cauere volunt in foro seculari; annon ab actore possint recusari, tanquam inidonei et foro alieno subiecti? Quod omnino affirmatur, quoniam in genere actores tales fidejussores recusare possunt, qui gaudent praescriptione fori. *l. 7. pr. D qui satisd. cog.* Neque enim asseri potest, clericum, qui pro laico iudicatum solui cautionem, in foro seculari, praestitit, eius debiti intuitu in eodem conueniri posse, quia hac fideiussione sibi non praeiudicat in foro: adeo, vt quamuis fideiubeat etiam pro clerico coram alio iudice ecclesiastico, coram eo conueniri nequeat; sed tantum coram suo competente iudice. SVRDVS *consil. 390.* GRATIAN. *discept.*

Sunt tamen fideiussores inidonei.

Quod probatur rationibus

Propter priuilegium fori.

obligantur, licet ob quædam impedimenta creditori non semper satis cautum sit.

3) Clerici ex conductione alienarum possessionum obligari nequeunt

§. XI. Similiter (III.) clericis interdicta est conductio *publicarum*, *aut alienarum possessionum* k), quod tamen quidam restringunt ad res seculares, et quatenus negotiationem quandam quæstuariam continet l). Adeo vero iis interdicta esse

discept. forens. t. I. c. 8. n. 29. 30. Hoc satis liquidum est ex *cit. l. 7.* vbi non aliter extraneus fideiussor idoneus esse dicitur, nisi sese declarauerit, *se non vsurum priuilegio, si conueniatur.* Idem confirmatur in *l. 2. D. si quis in ius vocat.* vbi dicitur, quod fideiussor, qui cauit de iudicio sisti, non tamen suppositus est iurisdictioni illius, qui de causa principali cognoscit, pro non dato haberi debeat, *nisi suo priuilegio specialiter renunciauerit.* Quod si itaque præscriptioni fori renunciauerint, etiam idonei fideiussores dicendi erunt, saltem inter protestantes. Nam de iure canonico nequidem cum iuramento forum prorogare possunt, quod non iuri priuatorum, sed *publico* ita renuncietur, et quod hoc priuilegium non singulis, sed toti ordini datum sit, cui tali renunciatione præiudicaretur. Sed hæ rationes sunt admodum imbecilles, nec inter protestantes admitti debent. IVSTINIANVS olim in *l. 31. C. de episc. et cler.* hanc prorogationem omnino admisit, *si quis*, inquiens, *in conscribendo instrumento sese confessus fuerit, non vsurum fori præscriptione propter sacerdotii prærogatiuam: sancimus, non licere ei aduersus sua pacta venire, et contrahentes decipere, cum regula sit iuris antiqui, omnes licentiam habere his, quæ pro se indulta sunt, renunciare.* Pontificia philosophia, huic dispositioni contraria, non concludit, quia fori priuilegium, quod collegiis, et sic singulis de collegio, concessum est, hanc renunciationem non excludit, quod vel ex collegio ministrorum Principis euidens est. Huic concessum est priuilegium fori, et tamen singulis non est interdictum, priuilegio suo renunciare, præsertim cum hæc renunciatio non vergat in præiudicium totius collegii. Conf. STEPHANI *de iurisd. lib. 2. c. 22. num. 35.* STRYK. *de cautel. contr. sect. 2. C. 3. § 19. in f.* ZIEGLER ad LANCELLOT. *lib. III tit. 1. §. 4. verb. pactionibus.* LINCK *ad tit. X. de foro compet. §. 3.*

Clerici ob conductionem possessionum secularium intrepati.

k) Per *nou. 123. C. 6.* ibi: *conductores publicarum aut alienarum possessionum, et in fin. dict. c. cum etiam conductionem teloniorum aut cuiuslibet possessionis etc.*

l) Ita existimat PEREZ *in Cod. tit. loc. cond. n. 6.* his verbis: *quibus tamen*

esse dicitur, vt nequidem inde tanquam debitores conueniri queant, sed locatores repellantur a limine iudicii m).

§. XII. Quamuis vero negari nequeat, conductiones fundorum, maxime magnorum redituum, non adeo congruere cum vita et officio clericorum, vtpote quibus a munere suo saepissime auocantur, dubito tamen, an haec IVSTINIANI prohibitio in eo rigore hodie recepta sit, vt, *si clerici de facto conductionem villarum latissimarum susceperint, inde haud obligentur locatoribus*, maxime ad pensionem praeteritorum iam annorum soluendam n). Alia forsan quaestio est, an clerici *Quod hodie secus.*

men ea sola rerum conductio prohibetur, quae ad negotiationem pertinet, non quae ad subsidia vitae est necessaria. Similiter LAVTERBACH. *ad tit. locati* §. 6. restringit hanc prohibitionem ad *conductionem rerum secularium*, quo posito, res ecclesiasticas conducere non prohiberentur. Vtrum vero haec interpretatio menti Imperatoris conueniens sit, subdubito. Quarumlibet possessionum et sic etiam ecclesiasticarum rerum conductio clericis his verbis prohibetur, cum eo tempore inualuerit, vt Episcopi res ecclesiasticas, aliasque possessiones conducerent, quod patribus rigidioribus offendiculo fuit. CHRYSOSTOMVS *homil. LXXXVI. in Matth. XXVII. pag. 893. edit. Paris.* hunc morem sequentibus reprobat verbis: *Modo autem in procuratores, dispensatores, caupones redacti episcopi sunt ob istarum rerum curam et sollicitudinem, cumque ipsos oporteat animarum habere curam vestrarum, hoc praetermisso, illa sollicite curant, quae publicanis, quaestoribus atque villicis curanda sunt, de his quotidie cogitant et peruigilant.* Subiungit in sequentibus, quae officia *loco villarum et domorum* presbyteris curae esse debeant, simulque conqueritur de latis *ecclesiarum possessionibus*, quae his villicationibus clericos immergerent. At hunc morem clericorum refrenandum constituisse videtur IVSTINIANVS, ne *possessionum* quarumcunque conductionem susciperent.

m) Indicant hoc verba *nou. cit. 123. c. 6. f.* vbi dispositum, vt *conductionem teloniorum aut cuiuslibet possessionis eis credentes nullam CONTRA ILLAS PERSONAS, QVIBVS CREDIDERINT, habeant actionem.* Ex quibus liquet, quod clerici ex *conductione* debitoris plane non obligentur.

n) Harum quoque nomine IVSTINIANVM actionem denegasse, docent verb. *cit. nouell. 123. c. 6.* vbi dicitur,

rici conductores huiusmodi fundorum, si in plures annos contractum prorogauerint, locationi huic stare, et ni steterint, ad interesse locatoribus teneantur? quod vix ausim affirmare, cum locatori imputandum sit, quod clerico tam amplissimas possessiones locauerit o). Immo si locator omni culpa vacaret,

dicitur, quod qui conductionem crediderint clericis, *si quod publico damnum contingat, hoc ex propriis facultatibus restituere compellantur.* Quibus verbis illud potissimum intelligi videtur damnum, quod ex residuis pensionibus, quarum nomine in pœnam creditoribus denegatur actio, publico quandoque euenire potest. Hunc rigorem hodie cessare statuit GROENEWEGEN *ad tit. nouell.* quod modernorum clericorum sit diuersa conditio. Similis ratio est *militum*, quibus itidem in *l. 31. C. locat. cond.* interdicta est locatio prædiorum, quæ prohibitio tamen hodie cessat, obseruante HAHNIO ad *Wesenbec. tit. locati n. 2.* ob diuersum nostrorum militum statum. Quamuis vero adhuc hodie etiam expediat, clericos sacro potius officio, quam *conductionibus prædiorum* inuigilare, tam stricte tamen a negotiationibus, commerciisque haud arceantur, vt locatori omnis denegari debeat actio, præsertim cum ius canonicum in tales negotiatores pœnam variam ecclesiasticam statuerit, dicente GRASS. *cit. differt. in f.* non vero locatoribus actionem denegauerit, prout IVSTINIANVS disposuit. Immo iura clericorum magis ex *iure canonico, et ordinat. ecclesiasticis*, quam *iure Iustinianeo* in

Clerici mediocres fundos conducere possunt.

praxi colligimus, vt proinde eo minus ad *nov. 123. c. 6.* respiciendum esse videatur. In iure canonico autem *conductiones prædiorum* prohibentur clericis, sed non denegatur actio locatoribus ratione pensionum residuarum. Simplex prohibitio occurrit in *c. 1. 2. Distinct. 88 c. 3. C. XXI. qu. 3.* Ita quoque in *concil. Arelat. II c. 14.* non locatoribus, sed conductoribus clericis pœna dictatur: *si quis clericus pecuniam dederit ad vsuram, aut conductor alienæ rei esse voluerit, aut turpis lucri gratia aliquod genus negotiationis exercuerit, depositus a clero a communione habeatur alienus.* Similiter in *c 6 ne cler vel monach. secul. negot. se immisceant.* simpliciter clerici prohibentur *a laicis firmas habere* h. e. sub annuo censu vel pensione prædia conducta habere, sed locatori ius suum iam quæsitum non denegatur. Durum enim admodum est, denegare locatoribus actionem ratione residuarum pensionum, cum clerici potissimum delinquant, quod prædia aliena contra canones conducant, ne dicam, non absolute hodie clerios negotiationibus honestis intercludi, obseruante LYNCKERO *decis. 257.* Conf. supra, *Cap. II. § 21. lit. v. in not.*

o) Non loquor de conductionibus prædiorum, quæ non adeo magnam

ret, vtpote si clericus conductori, qui in octo annos prædium insigne conduxerat, succedit, æquum tamen est, et rationi iuris p) ecclesiastici conforme, vt ab illa conductione liberetur.

§. XIII. Quidam (IV.) hoc quoque priuilegium clericis debitoribus indulgent; quod si vel maxime hereditatem absque beneficio inuentarii adeant, non tamen vltra vires hereditatis teneantur, tum quod in lege generaliter disponente non comprehendantur clerici, eorumque bona q); tum quod expe- *4) An inuentario non confecto, vltra vires hereditatis teneantur?*

gnam curam exigunt, quale lucrum nec clericis inuidendum: neque enim talis res agraria cum statu clericali pugnat, multominus *negotiationem* inuoluit. Colunt hodie clerici fundos parochiales, qui loco salarii ipsis assignantur, et ita cultura agrorum non simpliciter abhorret a vita clericorum. Diuersa est ratio, si conducunt prædia amplissima magnorum redituum, id quod non potest non eos ab officio, cui præfecti sunt, auocare, et omnino etiam a clericis nostris alienum esse debet. Accedit hæc conductio propius quoque ad conductiones quæstuarias, clericis nostris prohibitas, adeoque, meo quidem iudicio, Consistorio integrum erit, talem contractum rescindere, etiam ex officio, vel si ipse conductor ad mentem redeat, eam a contractu absoluere, vt prohibitio iuris ecclesiastici eo pleniorem habeat effectum, quod salus ecclesiæ, quæ suprema lex esse debet, postulat. Quod si locator eo ipso damnum aliquod sentiat, gratis illud ei deuorandum est, cum non debuisset talia prædia clerico locare. In contractibus enim obtinet regula, quod *qui cum aliquo contrahit, non debeat esse ignarus conditionis eius, cum quo contrahit. l. 19. D de iureiur.* et cum ita et locator et conductor in æquali culpa sint, culpa cum culpa compensari debet, vt locator interesse petere non possit, præsertim cum *iudiciali sententia* vterque a locatione absoluatur.

p) Etiam hic applicari potest vulgatum illud: *salus ecclesiæ suprema lex esto;* quippe non leue ecclesia accideret damnum, si heres clericus stare teneretur conductioni a defuncto contractæ. Accedit, quod *lege* ab hoc contractu absoluatur, qui quamuis in heredes transeat, tales tamen præsupponit, qui saluo statu suo ex legum permissione illos continuare possunt, quod de conductione magnorum prædiorum, v. c. præfecturarum, dici non potest. *Clericus succedens conductioni stare non tenetur.*

q) Hoc late defendit GERMAN. *de sacror. immunit. lib. III. Cap. 15. n. 100. sqq.*

expediat, vt clerici in omnibus beneficio exemtionis ac libertatis fruantur, et in dubio pro illa respondendum sit r). Verum quamuis immunitas clericis debitoribus nullo modo inuidenda, sed magis defendenda sit, nullibi tamen ab hac necessitate exemti sunt, nequidem ipsa ecclesia heres instituta s): præsertim cum clerici etiam iure communi in bonis patrimonialibus ligentur, nec vlterius eorum immunitas extendi debeat, quam quatenus hæc per legem eis est indulta et determinata t).

s) Num libri mercatorum contra illos semiplene probent?

§. XIV. Vlterius (V.) non desunt, qui clericis debitoribus hanc tribuunt prærogatiuam, vt libri mercatorum, quibus ex consuetudine vel constitutione prouinciali semiplena fides tribuitur u), non probent contra clericos, quod variis argu-

Sperellus sibi ipsi contrarius.

r) Vti philosophatur ALEXANDER SPERELLVS *decis. for. eccles. 135. n. 122.*

Ecclesia an gaudeat priuilegio fisci?

s) Recte ita censent relati a TIRAQVELLO *de priuil. piar. caus. priu. 88.* et quamuis SPERELLVS *cit. l. n. 20.* contrarium inde defendat, quod ecclesia gaudeat priuilegio fisci; id tamen tantum *in quibusdam*, neutiquam vero *generaliter*, admitti potest, cum priuilegia de casu ad casum non sint extendenda, et nequidem ipse fiscus quoad beneficium inuentarii priuilegio peculiari gaudeat, vt vel ex *l. 2. Cod. Theod. de bon. vacant.* liquet, quæ in codice Iustin. nullibi abrogata est, et præterea fiscus in dubio iure priuatorum gaudet.

t) Hanc sententiam ipse SPERELLVS *cit. n. 21.* recepit, ex hac ratione, quod clerici in hac causa non reperiantur specialiter priuilegiati; verum si rationes eius, quas *per tot. decisionem* pro immunitate clericorum adducit, accurato ponderentur examine, vix est, vt in hac sententia subsistere queat, quam tamen tot alii ab eo allegati defendunt, ni summam velit contradictionem committere. Inter Protestantes hæc res eo minus dubia esse potest, quod *specificatio iurata* in plerisque locis surrogetur solenni inuentario, et inde sufficiat, si vel hanc edere queat. Vid. infra *Cap. IV. §. 20. in not. n. 7.*

u) Quod late ostendit KLEIN. *dissert. de probat. semiplena, qua fit per libros mercat.*

argumentis defendit FRANCISCVS NIGER CYRIACVS x). Sed vel ex ipſo iure canonico hæc ſententia refelli poteſt y), et præterea omnes eius rationes petunt, id quod erat quæſtionis, et principium, quare ab ipſis Dd. eccleſiæ Romanæ non admittuntur z).

Affirmatur.

§. XV. Simili ex errore (VI.) indulgent Dd. a) clericis debitoribus hanc prærogatiuam, vt exceptionem non numeratæ

6) An exceptio non numerata pecunia illis perpetuo competat?

Cur libris mercatorum nulla contra clericos adhibenda fides?

x) In *controuerſ. fam.* 140. cuius fundamenta hæc: (1) quod nulla ſit ſecularis poteſtatis iurisdictio in perſonas eccleſiaſticas, adeoque illius diſpoſitio non valeat, quatenus clericos quoque ſtringere debeat: (2) quod ita cogerentur iudices eccleſiaſtici iudicare ſecundum leges ſeculares, quod non licet: quin potius (3) cauſæ clericorum decidi debeant iure canonico, maxime in foro eccleſiaſtico; adeo vt nec conſuetudo loci attendi debeat: cum (4) leges de effectu probationum diſponentes, tantum ſtringant ſubditos, quorum numero exemti ſunt clerici: (5) quod denique ALEXANDER *vol. II. conſ.* 211. *n.* 5. et MASCARDVS *ſub voce ſtatuta.* CAPRA. *concl.* 15. *n.* 61. *et* 66. aliique hanc ſententiam teneant.

y) Pontifex *in cap.* 9. *X. de fid. inſtrum. in f.* euidenter oſtendit, quod ſcripturis etiam fides aliqua conciliari poſſit, ex *conſuetudine patria*, et quod illa etiam contra clericos valeat.

z) Equidem de clericis Proteſtantium nullum ſupereſt dubium, quin legibus Principum teneantur, cum eorum ſint ſubditi, et ſecundum leges eorum, quæ in clericorum perſonam quadrant, iudicari debeat: ſed tamen, vt etiam CYRIACO ſatisfiat, falſa eius ſuppoſita paucis examinanda ſunt. Omnia illius argumenta huc præcipue redeunt, quod clerici in omnibus a poteſtate exemti ſint ſeculari. Aſt hæc merito negat PETRVS de MARCA *lib II de Conc. S. et I. c.* 7. vbi ita §. 1. ratiocinatur: *aut de Titio mouetur quæſtio ſub ea ratione, qua clericus eſt, aut ſub ea, qua inter ciues recenſetur. Si de clericorum gradibus, ordinibus, muneribus etc.* eas diſceptationes legibus Principum non ſubiacere putat, et illuſtrat, quod ſecundum principia, quibus imbutus fuit, adſtruere debuit. Enim vero, pergit §. 8. *quia clerici non tantum qua clerici, ſed etiam qua ciues ſunt, ſpectantur in republica, legibus principum tenentur*, quam ſententiam etiam hodie ſaniores Catholici amplectuntur. Sane *in debitis*, vt laici, vt ciues, conſiderantur et ita cum reliquis ciuibus æquali iure frui debent. Add. ſupra *Cap. I §. 9. et in not. lit. v)*

Clerici qua ciues legibus Principum tenentur.

a) Inter hos præcipuus eſt BLASIVS ALTIMARVS *de nullit. ſentent. Part. 1. qu. 156. n. 7. ſqq.*

ratæ pecuniæ possint in perpetuum opponere b), si vel maxime

An in exceptione non numerata pecunia ius ciuile mutatum?

b) De eo casu, si clericus debitor coram iudice ecclesiastico conuenitur, minus dubitat ALTIMARVS, ex hac forsan ratione, quod iudicia ecclesiastica non ligentur legibus secularibus. Et tamen ipsi Pontifices in suis decretalibus vbique prouocant ad ius commune, decisiones suas inde petunt, leges ciuiles allegant, controuersias glossatorum, quamuis infelici plerumque conatu, decidunt, et vt binis verbis dicam, ius Romanum *ipso facto* approbant, agnoscuntque: quod si verum est, vti omnino est, reliqua iudicia ecclesiastica inferiora, in *causis clericorum ciuilibus* eodem iure vti tenentur. Ipse Pontifex *in c. 8. X. de fid. instrum.* notanter ait: *Autoritate præsentium duximus statuendum, vt cum decretalis aliqua, de qua iudex merito dubitet, allegatur, si eadem IVRI COMMVNI sit consona, secundum eam non metuat iudicare, cum non tam ipsius, quam iuris communis autoritate procedere videatur. Verum si IVRI COMMVNI sit dissona, secundum ipsam non iudicet, sed superiorem consulat super ea.* Quin quod multis aliis locis Pontifex constituat, vt secundum legum vel canonum statuta negotia clericorum sint decidenda, c. *1. X. de nou. oper. nunciat.* quia *ecclesia legum secularium non respuat famulatum* c. *28. de priuil.* Cum ergo hæc exceptio iuris communis sit, non dubium est, quin etiam ipsi Pontificii eam contra clericos, nullibi exceptos, admittere teneantur. Illud tantummodo superest dubium, an iure canonico circa hanc exceptionem mutatum sit ius ciuile? quod affirmat ZOLL. *tr. de except. non numer. pecun. th. 11. §. 1.* hoc effectu, vt, si elapso biennio debitor contrarium ostendere queat, audiendus sit, quod etiam admittere videtur ALTIMARVS *cit. l. n. 8.* Fundamentum mutationis vnicum petunt ex c. *fin. X. de præscript.* quod nulla præscriptio sine *bona fide* procedat, quæ tamen in creditore clerico, hac exceptione vtente, deficere videtur, præsertim si debitor ostendere queat, sibi pecuniam non esse numeratam. Id quod si verum est, etiam inter Protestantes, et quibuscunque foris hoc obseruandum erit, quia iuxta c. *f. cit.* præscriptiones hodie ordinantur, quo ipso tamen clerici debitores nullo priuilegio amplius gaudent, quia eodem quoque iure vtentur *laici debitores.* Cardo controuersiæ vnice in eo consistit, vtrum decisio c. *f. X. de præscription.* etiam pertineat ad actiones personales, illas scil. quibus quis non *rem alienam* acquirere satagit, sed *de suo* tantum debet? quod plurimi affirmant, plurimi negant, quos cateruatim in aciem produxit MENKE *disp. an requiratur bona fides in præscr. act. personal. th. 18. lit. a.* Ego negantium opinioni subscribo, cum *textus cit.* euidenter loquatur de præscriptione, quæ *possessione rerum* innititur, cum quo etiam alii textus iuris canonici conueniunt, vt *cap. 4. 17. 19. in f. X. de præscript.* c. *1. eod. in 6.*

me per modum reconuentionis in foro feculari refpondere cogantur c); et vt in genere poffint opponere contra leges et ftatuta

in 6. c. 15. et 16. C. XVI. qu. 3. In c. 2. de reg. iur. in 6. dicitur, *poffeffor m. f. vllo tempore non praefcribit*, quia poffeffor fciens, fe rem alienam poffidere, quam fibi retinere intendit, non poteft non in peccato hærere; quod fecus eft in creditore, qui ante interpellationem non eft in mora foluendi, adeoque fi debitor ipfum non interpellat, fi non petit debitum, creditor in m. f. dici nequit, quod pluribus oftendunt MENCKE cit. l. COCCEII *diff. de finib. b. f. in praefcript. de iur. canon fect. 2.* aliique. Similis eft ratio huius exceptionis, cui biennium præfinitum eft, intra quod fi debitor pecuniam non petit, iure fuo cadit: reuera enim debitor hoc cafu eft inftar *creditoris*, qui ab altero pecuniam, ex caufa *mutui* promiffam, fecundum chirographum petere poteft; alter autem, qui pecuniam foluere debet, nihil alieni poffidet, fed *de fuo* aliquid debet, de quo cafu ius canonicum non difponit. De cetero, fi praxin canonicam hodiernam intueor, hæc fententia, quam hactenus adftruxi, non adeo præiudicabit clerico debitori, qui fi vel maxime ob præfcriptionem hanc biennalem exceptione hac præcluditur, et foluere forfan cogitur: facili tamen negotio pecuniam vel condicere, vel executionem impedire poteft. Paratius eft remedium *denunciationis Euangelicæ*, quod licet Proteftantes agnofcere non poffint, in foris tamen Catholicorum vfitatum eft, nec deerunt rationes, quibus hoc modo fructu victoriæ fuæ carere creditor cogatur, maxime quia cum *clerico debitore* ipfi res eft, cuius iura vel patrimonium qui lædit, quafi facrilegium committere dicitur, autore SPERELLO *dec. n. 94.* cum ipfe dicatur *res fpiritualis* et in *forte Dei electus*, vt IDEM *dec. 123. n. 9* cum LEVRENIO *de for. benef. p. 111. qu. 176. n. 2.* cenfet, ex quibus patet, quod quæcunque demum fententia eligatur, clerici tamen debitores in foris Pontificiorum femper fint fuperiores.

c) De eo magis dubitatum fuit inter canoniftas, cum animaduerterent, clericos per modum reconuentionis ad forum feculare tractos, non poffe fori illius leges declinare. ALTIMARVS *cit. l.* rem acu tetigiffe exiftimans, diftinxit inter *ordinatoria litis* et *deciforia*, vel clarius inter *formalia proceffus*, et *materialia* feu *merita caufæ*. Illis quidem fubiectos effe clericos conceffit, nec negare potuit, cum aperti iuris fit, quemlibet litigatorem fe componere debere ad ordinem et fatalia proceffus, in eo foro, vbi lis agitur, vfitata, quod etiam SPERELLVS *de foro eccl. 10. n. 22* agnofcit. His vero folutos effe clericos arbitratur, et quidem *generaliter*, adeo vt nequidem ius commune iis applicari queat, quod tamen falfiffimum effe, ex ipfo iure

Clerici ad materialia proceffus in foro ciuili obligantur.

Supereft vero denunciatio euangelica.

ſtatuta locorum d); adeo vt ſi per legem prouincialem exceptio *nullitatis* breuiori termino eſſet incluſa, illud clericis debitoribus non præiudicaret, quin poſſint intra 30. annos hanc exceptionem adhuc opponere e). Quæ omnia tamen ex antea dictis facili negotio dilui poſſunt, nec de his inter proteſtantes vllum supereſt dubium f).

Quod negatur, inprimis inter proteſtantes,

§. XVII.

iure canonico antea demonſtratum fuit. Nec mutandam eſſe ſententiam exiſtimo, ſi vel maximo conſtitutiones ſpeciales Principum ſupponamus, cum etiam his ligentur clerici, qua ſubditi et ciues, in cauſis ſecularibus, vt MARCA fatetur, et ſaniores Pontificii cum ipſo, quod et GRATIANVS agnouiſſe videtur adducendo textus, qui huic ſententiæ fauent in *c. 41. 45. C. 11. qu. 1. c. 9. et 11. Diſt. 63.* Iam ſuo tempore contra hanc exemtionem clericorum ſcripſit PETRVS de FERRARIIS, qui anno 1400. vixit, *in pract. papin. in form. libell. pro act. confeſſ. §. plenam et omnimodam.* *In tantum*, aiens, *extreuit appetitus iurisdictionum, quod nedum laici, ſed et ſacerdotes et clerici ſint tali morbo a vitio penitus infecti: Videt enim, quod ipſe Papa, qui deberet, tanquam verus vicarius veſtigia ſequi Ieſu Chriſti, poſſidere et armata manu detinere nititur iurisdictionem in terris, ciuitatibus, et villis, et locis, quæ ſunt naturaliter et a mundi creatione et Chriſti ordinatione Imperii Romani. Immo ipſe Papa in ipſo Imperatore nititur ſuperioritatem habere, quod ridiculum eſt dicere, atque abominabile audire.* Loquor *de conſtitutionibus prouincialibus*, quibus etiam clerici in cauſis ciuilibus, tanquam ſubditi Principum, tam catholicorum, quam proteſtantium, ſubſunt. Alia forſan eſt ratio *ſtatutorum oppidanorum*, quæ tantum ſtringunt ciues illius loci, non alios, vt miniſtros Principum, clericos etc. etiam inter Proteſtantes, quia non ſubſunt iurisdictioni ſtatuentium, KLOCK. *de contrib. C. 12. n. 90.* ROSENTHAL. *de feud. c. 7. concl. 47. n. 4.* Adeoque potius ſecundum *ius prouinciale* diiudicandi, veluti ſi ſtatutum circa ſucceſſionem deuiaret iure prouinciali. Conf. LYNCKER. *de ſtatut. ciuit. prou. §. 16. p. 46.*

d) ALTIMARVS *cit. l. n. 9.* ex principio antea reprobato, quod tamen friuolum eſt.

e) Idem ALTIMARVS *cit. l. n. 10.* hanc concluſionem propugnat, ſed parum cautus eſt dicendo, quod ita tollantur, quæ *iuris communis* ſunt, quo ipſo concedit, clericos ſubeſſe iuri communi, quod antea incaute in quæſtione de *exceptione non numeratæ pecuniæ* negauerat.

f) Nam Conſiſtoria noſtra dependent a Principe, cius leges ſequuntur, nec alia iura clericis in *cauſis ciuilibus* applicanda eſſe ſciunt, quam quæ laicos ſtringunt. Vnde moto concurſu clerici pari iure cum laicis fruuntur, quod praxis quotidiana docet. Add. ſupra *C. II. §. 14.*

§. XVI. Forsan etiam (VII.) in eo clericis debitoribus praerogatiua concedenda, vt quando se sub *obstagio* g) ad debitum

r) An sub obstagio clericis debitores se obligare queant?

Obstagii definitio.

Quomodo differat a datione obsidis?

Origo obstagii.

Diploma de anno 1212. adducitur.

Et formula.

g) Germanice vocatur das Einlager, estque nihil aliud, quam *pactum moribus introductum, quo debitor promittit, si ad tempus constitutum non soluat, de se in certo loco sistendo, et inde non recedendo, donec conuentioni satisfactum fuerit.* TABOR. *de obstagio c. 11. in f.* Est itaque *pactum obstagii* instar obligationis, qua quis semetipsum obsidem constituit, notante CANGIO *in glossar. voce obstagium*, cum *obstagius* in antiquis monumentis *obsidem* denotet, vt nec diffitetur SCHILTER. *de iure obsidum 2 Cap XI.* §. 2. Reperta est haec ratio se obligandi *sub obstagio* temporibus imperii turbidis, quibus quilibet sibi *manu ius* dicebat, et *liberi homines se obstringebant*, vt vtar verbis SCHILTERI *cit. loc.* §. 3. *non tantum pro se, sed et pro aliis, ad certum locum, et quidem in diuersorium publicum stato die se sistere, nec prius recedere, quam esset solutum, cui rei sua quadam solennia adiecta. Sed et hac ritu magis militari, vel potius barbaro, vt necesse esset magnos fieri sumtus, et obstagiati ad commessationes et continuas belluationes pacto obligarentur, et obstagiati in obstagio decedentes sepultura tamdiu priuarentur, donec solutum.* Formulas antiquas obstagiorum IDEM adducit *cit. l. in not. n. 6.* Aliam consimilem habet SCHATEN. *lib. XI. annal. Paderbornens. ad ann. 1230.* vbi fideiussores ita cauerunt: *Item praenotato Abbati XII. dedimus fideiussores subnotatos, qui fide data promiserunt, quod si aliquis hominum nostrorum ipsum vel homines suos ad summam 20. marcarum vel infra laeserit, hoc commoniti infra 4. septimanas faciemus emendari, alioquin fideiussores nostri facta sibi commonitione* Merseberg *intrabunt, inde ante satisfactionem non exituri.* Et de ann. 1247. talem habet: *quae si eadem compositio fuerit violata, nisi hoc infra mensem emendetur; ipsi moniti infra mensem Susatum intrabunt, inde non recessuri, donec de violatione fuerit satisfactum.* Antiquius adhuc exemplum occurrit apud MADERVM *in antiquit. Brunsuic. p. 125.* vbi verba diplomatis haec sunt: *Hac est forma conuentionis inter Dom. Ottonem inuictiss. Imper. et Theodoricum Marchionem Misenensem et Orientis. Praedictus Marchio Misniae fide data promisit et iurauit, quod Domino Imperatori adsistet, et eum iuuabit, contra Papam Innocentium, contra Odagrium Regem Bohemiae, et Hermannum Langrauium Thuringiae, et generaliter contra omnem hominem viuentem, et quod nunquam eum deseret. Vt autem haec conuentio firmius obseruetur, pro eo et cum ipso et de sua voluntate et mandato, similiter data fide promiserunt, iurauerunt nobiles et homines sui Geuerhardus de Quernuorde Comes, Burchardus de Mannisfelt Comes, et alii nobiles infeudati ac ministeriales XXIV, quod, si aliquo modo, quod absit, Marchio Misniae, secundum quod pro-*

bitum soluendum obligarint, quale pactum adhuc hodie in Holsatia toleratur h), rigor eius contra hos sit suspendendus, et ita effectu careat, cum obstagia sint similia carceribus, a quibus clerici debitores sunt liberi i): adeo vt nequidem iis inte-

promissum est, iuratum est, non obseruaret, omnes intrabunt Brunsvvik, et inde nunquam recedent sine Domini Imperatoris licentia et voluntate. Insuper ad maiorem securitatem predicta conuentionis obseruanda filios Ministerialium suorum tredecim Marchio Misniae Domino Imperatori pro obsidibus dabit, scil. filium Geuerhardi de Zigibecke etc. et paucis interiectis: *Ex alia parte Dominus Imperator Otto promisit fide data Theodor. Marchioni, quod sibi bonus et propitius Dominus abhint in antea erit, et quod ei adsistet contra omnem hominem, et numquam eum deseret etc. Et hoc pro eo et de eius voluntate et mandato promiserunt data fide iurauerunt, frater eius Henricus Palatinus Comes Rheni et Dapifer, et alii VIII. si forte, quod absit, ex parte Imperatoris non obseruaretur conueniencia, omnes isti, qui iurauerunt, ciuitatem Misniam intrabunt, nec inde recedent sine licentia Marchionis, excepto solo Dapifero, qui in hoc casu Goslariam intrabit, inde nunquam recessurus, sine voluntate et licentia Marchionis. Actum apud Franckenfort. A. MCCXII.* Formulam aliam ex actis Brunsuicensibus adducit TABOR. *cit. l. V. in f.* Es soll auch dem creditori frey stehen, da er vermeynte seine Zahlung dadurch zu erzwingen, uns Bürgen in die Einleistung zu fordern, alsdenn wollen wir selbst schuldige Bürgen, so bald wir dessen angemahnet werden, uns darauf von Stund an ungesäumet nach der ersten Anmahnung, ohn einige Ausflucht und Behelff, ein ieder selbst Leibs mit zweyen reisigen Pferden, und einem reisigen Knechte allhier in der Stadt Minden, in eine öffentliche, und ehrliche, gemeine Herberge, dahin wir gefodert oder geweiset werden, zur Leistung begeben und einstellen, leisten und halten, daselbst ein recht adeliches ehrliches Einlager, so lieb uns unsere adeliche Ehre, Glimpf und Leumuth ist, scheiden oder weichen da nicht aus, Tages oder Nachtes, es seyn denn die Gebrechen oder Mängel, darum wir zum Einlager kommen, zu vorhin durch genugsame und vollkommene Bezahlung, Hauptsumma und Zinsen gantz und gar abgethan. Add. FALCKNER. *diss. de obstagio Cap. VII.*

Cur obstagium per Rec. Imp. sublatum?

Obstagio affinis est obligatio ad carceres

h) Ipsam constitutionem Holsaticam explicat TABOR *cit. l. c. 4. sqq.* Alias tam per *Rec. Imp. de anno 1577.* quam per speciales constitutiones Imperii hoc ius sublatum esse, exploratum est, nec sine ratione, cum ius *hoc manuale*, turbidis temporibus natum, statui reip. non satis accommodatum sit, vt mirandum certe sit, fuisse, qui illud iuri communi non refragari existimauerint, quos refellit SCILTER *cit. l.*

i) Obligationem *sub obstagio* respondere obligationi ad *arrestum*, vel *car-*

integrum esse videatur ad eos se obligare k). Verum, quamquam plures rationes suadent, tale priuilegium concedendum esse clericis debitoribus l), erubescimus tamen merito sine expressa lege hanc immunitatem iis concedere, cum tamdiu regulæ insistendum sit, donec exceptio probetur, nec priuilegia fingenda, sed demonstranda. Accedit, quod nullibi clerici prohibeantur, *sub obstagio* se obligare, adeoque pactum hoc illos etiam stringere debeat m).

Affirmatur, vbi obstagia adhuc in vsu.

§. XVII.

carceres, plerique fatentur, cum *obsidum* ea sit conditio et ratio, vt eorum *detentio corporalis* in alium transferatur. Ita opinatur GAIL. *l. 2. de pac. publ. c. 2. n. 7. et 11.* FABER. *in C. lib. 8 tit. 6. def. 7.* CARPZ. *p. 2. C. 21. def. 1. n. 7.* TABOR. *cit. l. c. 6. §. 8.* STRAVCH. *de obstagio, et affinibus iuribus cap. vlt.* Vlterius procedit SCHILTER. *cit. l.* et quasi *ius pignoris* in obstagiatum transferri putat. Hoc euidens est, debitorem se sistere teneri in loco certo, vnde recedere nequeat, antequam soluerit, id quod a personali arresto parum differt. Inde ratio dubitandi prægnans contra obstagia clericorum, quamuis maior inde redundet dubitatio, an se ad carceres obligare queant? de quo in *not. seq.*

k) Obligationem *ad carceres* plane non admittit BACHOV. *ad Treutl. vol. II. disp. 28. th. 4 lit. f.* Eam vero defendit MYNSINGER *centur. VI. obs. 52.* cuius sententiam quoque recepit STRYK. *de caut. contr sect. II. c. 1. §. 39* neque enim vlla potest ostendi turpitudo moralis, quæ tali pacto insit, quod vel ex obligatione cambiali liquet, quæ in effectu est obligatio ad carceres, quod fusius ostendit COLER *in process. executiu. P. I. C. 6. n. 48. seqq.* An autem clerici se obligare ad carceres queant, vel inde dubium esse posset, quod tali obligatione iuri publico præiudicium inferatur, quod non posset non perniciosum esse.

l) Nam (1) obstagia publico clericorum ministerio præiudicant, quod interim omittere debent, quando se sistere tenentur: (2) famam quodammodo sugillant; vel ad minimum scandalum insigne clericus debitor in obstagio constitutus præbet, qui tamen debeat esse irreprehensibilis: (3) cum in aliis immunitatem habeant, inprimis consultum foret, vt in eo, quod autoritatem ministerii minuit, a sorte reliquorum debitorum essent exemti: vnde et (4) satis prudenter obligationis cambialis rigor in Saxonia contra eos suspensus est. Aut ergo obstagia in totum clericis essent interdicenda, aut ad minimum omnis vigor quoad clericos illis adimendus.

Consultum est clericis obstagia prohibere.

An illa admitti queat?

m) Accedit, quod *cambialis obligatio* clericis extra Saxoniam non sit remissa, quæ reuera obligationem ad

Fundamentum obstagiorum in iure canonico.

ad carceres, continet, et nisi me omnia fallunt, vel *obligatio sub obstagio*, vel simile quid occurrit in *c. 9. X. de iureiur.* vbi species hæc refertur: Abbas quidam creditori suo ex monachis obsides quosdam dederat, qui de obseruanda conuentione iuramentum præstiterant, *vt si ipsi deficerent, alii monachi loco eorum in obstagio reuerterentur*, vt verba sunt ALEXANDRI III. ex quibus apparet, iam circa finem sec. XII. moris fuisse, obsides dare pro debito. Aliud exemplum occurrit in *c. 11. X. de arbitr.* vnde liquet, in compromissis etiam obsides datos, vt arbitrium seruaretur. Quod si itaque obsides dare monachos creditoribus, hisque eos detinere, olim licuit, pactum obstagii non videtur absolute pugnare cum statu clericali. Illustrationis tantum gratia hoc argumentum adfero, cum etiam suo modo monachi sint et dicantur clerici, quamuis maior adhuc ratio dubitandi occurrat in clericis, curam animarum exercentibus. Interim vbi obstagia generaliter recepta, nec clericis interdicta sunt, a nexu hoc eos absoluere nequeo, id quod etiam testatur CHRISTOPH. HENR. AMTHOR. *in tract. iurid. de obstagio p. 87. 88.* cuius verba, quia quæstionem de obligatione clericorum ad obstagia solide enucleant, et ad praxin hodiernam in Holsatia faciunt, hic apponere lubet: *Facile*, inquit, *etiam de clericis nostris iudicium ferri potest, si quis ad obstagium eos cum effectu euocari posse fortasse dubitaret: id quod a nonnemine aliquando factum esse memini. Pro ratione afferebatur, quod animarum cura negotium sit longe grauissimum, cuius filum hoc modo abrumpere, rei foret in conscientia vix excusabilis. Sed nescio, an satis recte se habeat conceptus, quo omnis animarum cura ad vnicum aliquod indiuiduum adeo simpliciter restringitur: quin potius cauendum puto, ne religionis larua incaute hoc pacto perfidia accommodetur. Subditi sunt clerici atque sacerdotes, vni imperanti, iisdem legibus, quibus et laici, vt vulgo vocantur, saltem apud nos Protestantes, subiecti: ad quos proinde mores atque constitutiones generales haud minus quam ad cæteros spectant, quamdiu a communi regula excepti non inueniantur. Quid quod omnium turpissime in data fide deficeret, quem et doctrina et exemplo sinceritatem aliis inculcare decebat. Hinc et ipsum ius pontificium, quod tamen clero suo tantum non omnia indulget, in cap. 9. X. de iureiur. monachis et abbati cuidam Tremonensi obstagii promissi seruationem iniungit, interdicto illis ecclesiæ ingressu, vsque dum creditoribus satisfecissent. Neque obiici potest, quod caput illud de eo tantum casu accipiendum sit, vbi quis ad obstagium accedente sacramenti religione se obligauerat: cum si abstrahas a somniis iuris canonici, iustum naturale doceat, iuramentum revera non operari vltra id, quod iam antea in obligatione extiterat: et quod inde sequatur, conuentionem per se validam subsistere etiam sine iuramento. Hic adde, quod sacerdote ad obstagium euocato, alia supersint media ecclesiæ, publicoque cœtui prospiciendi. Quid enim si sacerdoti cum diuturno morbo colluctandum esset? Quid si*

In clericum alienari nequit.

§. XVII. Quæ cum ita ſint, facile liquet, non poſſe alienationem rei fieri in clericum, ſine præiudicio creditoris aliquo n); adeo, vt ſi dolo debitoris illa facta fuerit, iudicii mutandi gratia, eo nomine teneatur ad intereſſe actione *in factum*, de qua in *tit. de alienat. iud. mutand. cauſa* agitur.

Quid iuris ſi debitor monachus factus?

§. XVIII. Immo illud quoque in confeſſo eſt, debitoris ingreſſum in religionem non carere fraude et præiudicio creditorum, cum monachi ita *per indirectum* ſemet ipſos eximant ab executione iudicis ſecularis, et impediant, ne contra eos ſecundum rigorem iuris procedi queat o).

§. XIX.

vacante eccleſia annus, quem gratiæ vocant, viduis concedendus? Reſpondes, vicinorum templorum miniſtris iniungendum, vt ſtatis diebus, ac neceſſitate exigente diuina officia adminiſtrent, conciones vero interea miniſterii cuidam candidato committendas eſſe etc. Ergo eadem remedia circa obſtagii caſum adhibenda erunt, ſumtibus ex ſalario exacti, quem ſolum culpa hic arguere licet, collatis. Quamuis autem hæc omnia in theſi clara ſint, fateor tamen, quod caſum in hunc diem obuium nullum habuerim, vbi ſacerdotem in obſtagio poſitum ſciam: licet in Holſatia noſtra clerici pariter ac laici obſtagialem clauſulam contractibus quotidie adiiciant, ſine qua fidem vix ſemper eſſent inuenturi. Animaduerti potius, magiſtratum de aliis remediis circumſpicere, quibus ſacerdotum creditoribus ſatisfaciat: quo et ſpectat bonorum annotatio ſalariique annuorum redituum retentio: relicta ſacerdoti, nonniſi tantilla eorum parte, ex qua vitam ſuſtentare poſſit. Conf. BRVNNEM. *I. E. lib. II. c. 15. § 33. ibique* STRYK. *Quod inſtitutum, cum et ſacerdoti, et eccleſiæ, et creditoribus tolerabile ſit, haud improbandum duco, modo poſteriores in eo acquieſcere velint.* Add. RHEYER *differt. de ſingulis quibusdam obſtagii iuribus.*

Re in clericum alienata creditori præiudicatur.

n) Non quidem ideo, quod clerici inter *potentiores* referantur *ratione fori*, vti putat BERLICH, *296. n. 30.* cum forum nullam inferat potentiam, quamuis *dignitas eccleſiaſtica* et *prælatura* eam inferre poſſint, vt rectius cenſent TVSCHIVS *in concl. 465. n. 14.* et PHILIPPI *ad decif. elect. Saxon. decif 40. obſ. 2. n. 32. ſqq.* ſed potius, quod durior conditio aduerſarii fieri poſſit propter *forum*, aliaque priuilegia, quibus clerici gaudent. Quamuis enim in rebus immobilibus forum non mutetur, cum clerici etiam in foro rei ſitæ conueniri poſſint, mutatur tamen alienantis forum *domicilii*, quo etiam reales inſtitui poſſunt.

Debitor monaſterium ingrediens ab ære alieno non liberatur.

o) Ceſpitant et diſputant magnopere canoniſtæ, an debitor per ingreſſum

Clerici bona propria oppignorare possunt.

§. XIX. Restat, vt videamus, quousque debitores clerici bona sua obligare queant, et qua ratione executio contra eos fiat. Prius quod concernit, in confesso sane est, eos *patrimonium proprium* nexui hypothecæ subiicere posse; immo et illud quoque exploratum est, eosdem *bona ecclesiastica*, qua talia, nullo modo creditoribus obligare posse, vtpote quæ non sunt sub eorum arbitrio, sed potius iis tantum ad vsum concessa, et omnis alienatio interdicta. Diuersa tamen quæstio est, annon *fructus beneficiorum* suorum hypothecæ subiicere possint, vt ex eis creditoribus satisfieri queat? quod affirmandum esse arbitror p). Et licet canonistæ in diuersas hic

Et fructus beneficiorum suorum.

gressum religionis liberetur ære alieno? Quidam aiunt, quidam negant, quidam distinguunt, prout docet CYRIACVS *controu. for. 86. n. 35.* Hoc sane expeditum est, si bona sufficientia debitor habeat, vnde solui creditoribus possit, eos non liberari ære alieno. His deficientibus, superest quæstio, an personaliter teneantur? quod ægre admittunt Doctores ecclesiæ Romanæ, cum seculo mortuus sit, et in eo statu collocatus monachus, vt creditoribus non amplius respondere teneatur. Ita vero pessimi quique debitores asylum nequitiæ suæ in monasteriis inuenire possent. A quibusdam etiam hoc in dubium vocatur, an iudæus baptizatus liberetur ære alieno? quod vel inde affirmatum esse animaduerto, quod nouus homo fiat. Sed hæc ratio admodum ridicula est, cum spiritualis mutatio personæ non producat nouum hominem moraliter et ciuiliter consideratum, adeoque omnes obligationes merito subsistere debeant, quod plenius illustrat CYRIACVS *cit. controu. 86.*

Clerici reditus futuros obligare queunt.

Multo minus iudaeus baptizatus.

p) Equidem Panormitanus abbas NICOLAVS de TVDESCHIS in *cap. peruenit. 2. X. de fideiuss. n. 12.* existimat, clericum non posse obligare reditus futuros sui beneficii, nisi contraxerit pro vtilitate ecclesiæ: illud tamen alii restringunt ad eum casum, vbi fructus sui beneficii ita obligauit, vt ipse postea egere debeat, *quia*, aiunt, *fructus beneficiorum debent deseruire ipsi clerico, vt habeat causam deseruiendi ecclesiæ in diuinis*, vt ait ADDITIONATOR *in not. ad Panormitan. cit.* c. Verum sicuti posterior sententia præsupponit casum, quo clerici ita sunt oberati, vt soluendo non sint, et ita an habeant beneficium competentiæ? in disceptationem veniat, quam hic intactam relinquo, *cap. sq. §. 6 sqq.* reseruans; ita in eo casu, quo adhuc soluendo est, quo egere non debet, nullam

hic abeant sententias, ex iis tamen principiis id faciunt q), quæ nec hodie inter eos applausum inueniunt.

§. XX.

Æque vt vasallus.

nullam video rationem, cur reditus suorum beneficiorum non possit oppignorare, cum eosdem possit consumere, alienare, eorumque dominus sit. Sicuti enim vasallo haud prohibitum est, fructus feudi, qui allodiales sunt, nexui hypothecæ subiicere, vtut ipsum feudum oppignorare nequeat; ita eadem ratione clericis non interdictum erit fructus suorum beneficiorum obligare, vtut fundum ipsum ecclesiasticum oppignorare nequeant. Accedit, quod secundum c. 2. X. *de fideiuss.* clerici debitores iubeantur de redditibus beneficiorum suorum exsoluere, et quod hoc non facto creditores in eos immitti queant. Atque ita recte existimauit KLOCK. *tom. 1. consil. 31. n. 232.* vbi ait: Also können auch die fünf Herren Canonici, und deren Capitularen, da keine mehr dazumalen in residentia gewesen, nicht mehr als commoditatem, et facultatem percipiendi fructus præbendarum, et ecclesiasticorum beneficiorum, Zeit ihres Lebens, instar vsufructuariorum, quibus assimilantur, wohl verkauffen, versetzen, und darauf ein Stück Geldes zu ihrem Unterhalt erborgen.

q) De eo enim canonistæ magnopere disceptarunt, vtrum clerici sint proprietarii fructuum et redituum, vt libere de iis disponere possint? Argumenta et sententias disceptantium referunt ZIEGLERVS *de dote eccl. c. XI. §. 32.* SARPIVS *dans son traite des benefices art. 32.* NONIVS ACOSTA *de priuil. cred. reg. 2. ampl. 4. n. 44.* DVARENVS *de SS. eccl minist. lib. 11. c. 4.* FRANCISCVS GALLVS *de fructibus disp. 37. art. 1. n. 5. sqq.* ALEXANDER SPERELLVS *dec. for. eccl. 82 n. 5. sqq.* FRANCISCVS SARMIENTO *de redit. eccl p. 11. c. 1. seqq.* GRANNANIETTO *in catena iurium ad c. 2. de testam. n. 2. sqq.* Prolixum admodum foret argumenta eorum examinare velle, quare sufficere credidi, si venas huius controuersiæ aperirem. Existimarunt patres, ecclesiastica bona esse *patrimonium pauperum*, et in horum subsidium primordialiter constituta, quorum sententias collegere THOMASS. *de vet. et non. eccl. discipl. P. III. lib. 3 c. 26. seqq.* et LAVNOIVS *de cura ecclesiæ pro miseris et pauperibus.* Inde statuerunt, (1) illos tantum clericos ex penu ecclesiæ esse sustentandos, quibus omnia alia bona propria non suppetunt c. 6. C. 1. qu. 2. (2) clericos reditus eorum non vlterius suos facere posse, quam ad vitæ necessitatem, adeoque liberam circa eos dispositionem non habere. Sed postquam bonorum ecclesiasticorum ratio immutata, et clericis titulo beneficii vel præbendæ assignata fuere, hæ rationes dubitandi cessarunt, nec vllum præceptum extat diuinum, quod proprietati horum fructuum resistat, et quod dispositionem de his fructibus adimat clericis,

Hodie tamen id licebit.

An de reditibus licite disponant?

Creditores in fructus immitti possunt.

§. XX. Effectus huius oppignorationis est, vt creditores immitti r) possint in reditus horum fundorum, vt ex illis satisfactionem suam impetrent, quæ immissio tamen diutius non durat, quam quatenus viuit ille, cui bona ecclesiæ per modum *beneficii* sunt assignata, vel quod consultius est, interim sequestrari possunt fructus s), vt creditoribus ex sequestro et iis satisfiat.

Aut illi sequestrantur.

Fundus ecclesiasticus in compensationem debiti tradi potest.

§. XXI. Quæ cum ita se habeant, clerico debitori non videtur interdictum, quo minus fundum ecclesiasticum creditori suo hoc pacto possidendum concedere possit, vt instar pignoris in compensationem debiti *certo tempore* possideret t); quia hoc pacto non tam ipse fundus ecclesiasticus pignoris nexui obligatus est, quam *fructus* eius.

§. XXII.

Creditores immissi de dilapidatione suspecti sunt:
Exceptis iuribus stolæ.

cis, vt nec diffitetur NONIVS ACOSTA *cit. l. n. 55.* quod optime quoque vrget et plenius demonstrat SARPLVS *cit. l.* Conf. KLOCK. *cit. l. n. 240. seq.* Hoc tamen restringendum esse arbitror ad reditus prædiorum, seu præbendarum: Indecens enim et honestati clericorum haud conueniens foret oppignoratio redituum, qui ex *nummo confessionario* aliisque *iuribus stolæ* prouenirent, sicuti horum locatio merito reprobatur a BRVNNEM. *lib. 11. iur. eccl. cap. 15. n. 8.*

Fructus feudi oppignorari queunt.

r) Id quod in feudis, quibus assimulantur quoddammodo beneficia ecclesiastica, vsu venire solet; quamuis autem nec substantia feudi oppignorari queat, fructus tamen, qui allodialium iure censentur, licite pignorantur, et in eos creditores immittuntur. KOHL. *de seruit. feudal. P. 1. n. 77. seqq.* STRYK. *de caut. contr. sect. 11. c. 4. §. 15.*

s) Hoc in similibus casibus admittit ius canonicum *c. 2. X de dol. et contumac.* et praeterea eo magis suadendum, cum ita prædcaueatur, ne quid a creditoribus auaris in præiudicium ecclesiæ fiat, qui admodum suspecti sunt de dilapidatione bonorum, cum nihil magis intendant, quam reditus quomodocunque corradere, et in suos vsus applicare.

t) Tale pactum fundatum est in *l. 39. D. de pign. act.* Clerico debitori autem talem conuentionem permissam esse, patet vel inde: tum quod fructus prædiorum ecclesiasticorum oppignorare possit, id quod non alium effectum habere potest, quam vt etiam eos percipere queat, si debitum non soluatur; tum etiam, quod locatio horum prædiorum ei

non

§. XXII. Denique etiam illud inde liquet, si vel maxime nulla hypotheca creditori in reditus præbendæ assignata est, condemnato tamen clerico debitore executionem fieri posse in fructus et reditus beneficiorum v) ecclesiasticorum, vel etiam in eorum salaria x).

Executio contra clericum debitorem quomodo fiat?

§. XXIII.

non sit interdicta, quæ in effectu sub tali pacto latitare videtur; *arg. l 14. C. de vsur.* tum denique, quod vsufructuario hoc quoque permissum sit per *§. 1. in f. I. de vsu et habit.* Accedit hoc, quod vasallus etiam inscio domino creditori feudum in antichresin hanc concedere, vel fructus in solutum dare possit, KOHL *de seruit. feud. P. 1. n. 70 et 77.* præsertim cum nullum inde præiudicium domino contingat. STRYK. *de Cautel. contr. sect. 11. c. 4. § 14.* Ceterum sicuti exstincto vasallo absque liberis, creditorum ius quoque statim exspirat, cum resoluatur ius dantis; *l. 31. D. de pignor.* ita quoque mortuo clerico debitore statim huiusmodi fundi ecclesiastici in antichresin temporariam dati reuertuntur ad ecclesiam, et successori restituendi sunt.

v) Per c. 2. X. de fideiuss. ibi: *si vero ad vestram iussionem non egerint, vos autoritate apostolica freti, de eorum reditibus praescripta debita faciatis appellatione remota R. solui, et damna, quæ idem R. propter hoc pertulerit, resarciri, aut procuratori eius prædictos reditus assignetis, tamdiu sine molestia detinendos, donec ipsa damna resarcita fuerint, et debita sine diminutione soluta.* Quod in c. 3. X. eod. confirmatur, vbi pontifex *in f.* iubet delegato, *vt reditus clerici debitoris in debitorum solutione conuertat, quousque fuerit debitoribus satisfactum.* Conf. COLER. *de process. execut. P. 11. c. 3. n. 276.* PANORMITANVS *in cap. 10. X. de testam. n. 27.* addit: *quod alioquin clerici non inuenirent, qui sibi crederent, et sic essent quasi iudæi inter Christianos, cum tamen probant omnes, quod sæpe opus est, ab illis mutuare.* Barbare quidem, ast vere dictum. Equidem ipse *cit. l.* distinguit, vtrum clericus debita contraxerit pro sua sustentatione, vt se aleret, an vero pro alia necessitate, vt pro reparandis ædibus propriis. Illo casu putat de fructibus beneficii satisfaciendum esse creditoribus, non vero hoc, cum debeant fructus dispensari ad eum vsum, ad quem fuerunt instituti, adeo vt si contrarium fiat, talis dispensatio reuocetur. Sed hæc distinctio admodum friuola est, et eo magis reprobanda, quod crediderit Abbas Panormitanus, clericos libere disponere non posse de reditibus beneficiorum suorum, cuius contrarium iam supra deductum est. Adhuc absurdior vero est responsio eius ad *cit. c. 2. X. de fideiuss.* quo non disponi putat de *reditibus beneficii*, sed *patrimonii*: cum tamen,

Debita ex reditibus soluenda.

An successor clerici defuncti debita soluere teneatur?

§. XXIII. Superest, vt videamus de *clerico debitore defuncto.* Habet vero hic vel successorem singularem, vel vniuersalem. Ille est *successor in officio*, qui regulariter non tenetur ad debita antecessoris sui soluenda, nisi sint contracta pro necessitate ecclesiae y).

§. XXIV.

si c. 3. X. eod. in f. consuluisset, expresse pontifex disponat, quod de *fructibus beneficii* creditori satisfieri debeat. Nec obstat, quod in *cit. cap.* 2. simul delegatis iniungatur, vt clericos debitores contumaces ab *officio* et *beneficio* suspendere debeant; hoc enim, vt recte animaduerit GONZALEZ *ad cit. cap. 2 n. 5* intelligendum, postquam fideiussori satisfactum fuerit. Accedit, quod in *cit. c. 3.* indistincte disponatur de reditibus beneficii in debitorum solutionem conuertendis, cum alioquin pontifex in decisione sua prius inquirere debuisset, in quem finem debitum tale fuisset contractum, cuius disquisitionem tamen plane omittit. Hoc tamen facilius admitti potest, executionem non tam facile in reditus ecclesiasticos esse faciendam, sed tunc potissimum, si alia bona deficiant: cum regulariter executio in stipendia demum fiat in subsidium *l. 4. C. de execut. rei iud. l. 40. D. de re iud.* CARPZ. *p. 1. C. 29. def. 32.* BERLICH. *P. 1. concl. 74. n. 33.* beneficia autem clericis dentur in stipendium, et mercedem seruitii et laboris *c. f. de rescript. in 6.* Nec denique illi audiendi sunt, qui existimant, dictos textus loqui de *speciali concessione pontificis*, extra quam executio in fructus canonicales fieri nequeat: Pontifex enim reuera secundum principia iuris communis philosophatur, et qui hanc sententiam fouent, in illa peruersa haeresi haerent, clericos non esse dominos redituum, quod tamen falsum esse, agnoscunt GRANNANIETTO *ad cit. cap. 2. n. 6.* et BARBOSA *eod. n. 10.*

Executio in salaria fieri potest.

x) Vid. MARTINI *ad process. Saxon. tit. 29. §. 5. n. 34.* cum generaliter executio etiam in salarium fieri possit CARPZ. *cit. l.* BERLICH. *d. l.* vnde etiam in subsidium arrestum salario imponi potest, quippe quod est executionis species, CARPZ. *cit. l. in f.*

In subsidium.

y) Potissimum hoc vsu venire solet in clericis dignitate ecclesiastica instructis, quales sunt Archiepiscopi, Episcopi, Abbates, Praepositi etc. qui cum iure quodam eminentiori bona ecclesiastica administrent, saepe etiam pro eorum necessitate debita contrahere tenentur, a successore in officio soluenda, quia pro necessitate ecclesiae facta sunt, quam iure successionis hic accipit. Huc respexit Pontifex ALEXANDER III. in *c. 1. X. de solut.* vbi ita: *Sicut filius debita patris soluere tenetur, ita praelatus sui praedecessoris pro ecclesiae necessitate contracta.* Decisio ipsa satis

proba

§. XXIV. Successores vniuersales ad debita soluenda adstringi, extra dubium est; adeoque cum *salarium deseruitum* et *fructus promeriti* ad hereditatem spectent, debita clerici debitoris *Incumbit id successori vniuersali.*

proba est, sed argumentandi ratio improba, et non toleranda, quicquid canonistæ pro eius saluatione corradant, et coaceruent. A successore vniuersali ad singularem non valet consequentia, nec filius debita patris soluere tenetur, nisi heres eius sit; at successor singularis in officio sacro non fit heres antecessoris, ergo ex hoc fonte *ratio decidendi* desumi nequit, sed potius ex eo, quod in ecclesiæ vtilitatem et necessitatem debitum contractum sit, et sic ipsa ecclesia obligata esse censeatur. Huc pertinet, (1) si debitum contractum est pro necessaria prælaturæ vel diœceseos defensione, vt si in alimenta præsidiariorum militum expensæ factæ: KLOCK. *de contribut. Cap. VIII. n. 64.* (2) si prælatus mutuam accepit pecuniam, pro sua, suorumque necessaria sustentatione, quod ecclesia teneatur alere suum prælatum REDOANVS *de reb. eccl. alien. qu. 4.* GOEDEN. *Consil. 36. n. 1.* BARBOSA *ad cit. c. 1. n. 3* Verum hoc cum grano salis accipiendum arbitror, vt de eo tantum intelligi debeat casu, si prælatus forsan tempore belli, aut alicuius necessitatis publicæ fructus beneficii sui non potuit percipere, sed debita pro sua sustentatione contrahere coactus fuit: sunt enim prælatis, clericisque assignati certi reditus, quibus contenti esse debent; alioquin enim quilibet successor in officio teneretur soluere debita antecessoris, quæ vt plurimum pro commodiore sustentatione facta sunt; immo daretur prælatis occasio, successorem admodum grauandi, dum lautius viueret, ac pro ratione redituum viuere debeat. Ceterum quod SVRDVS *consil. 333. n. 33.* existimat sufficere, debita esse contracta pro *vtilitate ecclesiæ*, etiamsi non probetur, in rem ecclesiæ versa esse, admodum dubium est, cum non possit dici debitum *pro necessitate ecclesiæ* contractum, nisi de versione in vtilitatem Episcopatus aut prælaturæ constet, nec credi debeat chirographo, in quo forsan hic prætextus expressus est, cum successori singulari tali confessione præiudicium nullum creari possit, quod facile fieri posset, vbi cuiuscunque confessioni statim credi deberet; proinde ante omnia talis versio probanda est *c. 1. X. de depos.* GRATIANVS *disceps. for. tom. 1. cap. 94. n. 46.* Sunt homines ad vitia et mendacia proni, simulant, dissimulant et quæuis audent, si egent et mutuam pecuniam appetunt. Quam facile ergo prælatus induci posset, vt confiteretur, se pecuniam pro necessitate ecclesiæ suscepisse, quam in luxum et ingluuiem forsan insumsit. Add. infra *Cap. IV. § vlt. lit. ***.

debitoris exinde quoque sunt soluenda z), et arrestum iis imponi potest.

An ex reditibus anni gratiæ?

§. XXV. Grauior dubitatio est de *anni gratiæ* reditibus, an et quatenus ex eis debita defuncti clerici solui debeant? Vbi animaduerto duplicem esse anni gratiæ rationem; quandoque enim in *compensationem annorum carentiæ*, vt vocant, defuncti heredibus indulgetur: quandoque tantum liberis et viduæ iure plane speciali. Illo casu eo magis ex his reditibus soluendum est alienum, quo magis hi anni gratiæ, vt vocantur, deseruitis accedunt a). Hoc casu vero si liberi et vidua non

Ratio anni deseruiti.

z) Ratio *anni deseruiti* variat maxime in *ecclesiis* seu *capitulis cathedralibus*, de quo plenius egi *in differt. de anno deseruito.* Sic in quibusdam capitulis receptum, vt si canonicus post festum Margarethæ, vel vigiliam S. Iacobi aut Mauritii mortuus est, fructus integri anni heredibus debeantur, vnde quoque æs alienum inde soluendum STYPMANN. *de salar. cler.* c. *XI. n. 34. sqq* RAVCHBAR. *P. 1. qu. 25. n. 22.* adeoque moto concursu super debitoris clerici bonis, ad massam bonorum referri debeat. CARPZ. *lib. 1. iurispr. consistor. def. 180.* Et cum defectus inuentarii ecclesiastici ad æs alienum spectet, inde quoque supplendum erit. CARPZOV. *cit. l. def. 181.*

Annus gratiæ heredibus debetur.

a) Tales consuetudines Capitulorum passim reperiri experientia testatur. NICOLAVS GARZIAS *P. XI. de benef.* c. *11. n. 138* prouocat ad decisionem rotæ, ibique iudices censuisse ait: *fructus primi anni post obitum beneficiati deberi eius heredibus, præsupposita consuetudine, quod beneficiati primo anno non percipiant fructus beneficiorum, sed eorum solutio differatur post eorum obitum.* Consuetudinem hanc ideo introductam esse dicunt, *vt prouideri possit de his, quæ ad sepulturam sunt necessaria, quam plerumque ob inopiam defuncti negligunt, cum magno ordinis ecclesiastici dedecore.* Quod si ergo canonicus per biennium, quo residentiam incepit, carere fructibus tenetur, æquum sane est, vt etiam reditus biennales heredibus eius assignentur, in compensationem eorum annorum, quibus carere debuit. Vnde quoque in dubio omnes heredes ad horum annorum reditus admittendi, nec aliter quoque, quam si heredes defuncti facti fuerint. Hæc enim prouisio potissimum in gratiam defuncti facta est; tum, vt reditus, quibus in vita carere debuit, cum iis, qui post mortem soluuntur, compensentur; tum etiam vt debita eius inde soluantur. Immo, ni me omnia

omnia fallunt; inde primario consuetudo hæc in obseruantiam deducta videtur. Eo ipso enim, quo anni quidam in gratiam defuncti heredibus assignati sunt, simul quoque inualuit, vt successor eius in beneficio interim per illud tempus carere debuerit, cui hoc non adeo fraudi est, quippe qui post mortem suam eandem gratiam sperare potest. Et hunc morem antiquissimum esse, docet diploma apud SCHATEN. *in annal. Paderborn. Lib. IX. ad anno 1192.* vbi COELESTINVS Papa canonicis hoc ius confert: *videlicet, vt quilibet inter vos decedens frater a die decessionis suæ, vsque ad annum, stipendium suum habeat ad expendendum aliquid causa pietatis, vel ad excipiendum se, si forte obligatus sit debitis.* Porro IDEM *lib. XI. annal. Paderborn. ad anno 1202.* refert, OTTONEM Episcopum Paderbornensem constituisse, vt *annus gratiæ* ad persoluenda debita canonicis indulgeretur. IDEM *ad ann. 1205.* narrat, OTTONEM *annum gratiæ, fructumque sacerdoti ad biennium ab obitu permisisse.* Similiter ex Chronico Herbipolensi refert WEHNER. *in pract. obseru. voce* Gnaden-Jahr. Bischoff Heinrich Episcopus Herbipolensis trigesimus hat mit seinem Dom-Capitul eine neue Satzung und Ordnung gemacht, daß hinfort einem jeden Chor-Herrn, es sey zum Dom auf dem Berge, oder zum neuen Münster, nach seinem Tode, die Gefäll und Einkommen seiner Pfründ, ein gantz Jahr nachfolgen solle, damit ob einer in seinem Leben Schulden gemacht und die unbezahlt hinter ihm gelassen, daß die Gläubiger desto stattlicher bezahlet, und seinem Ehehalten, und Dienstgesinde der Lied-Lohn entrichtet werden möchte. Und ist dieselbe Ordnung angericht Anno 1163. und von derselben Zeit bis auf diese Stunde gehalten, auch soll folgend Jahr das Gnaden-Jahr genannt werden. Ex his, quæ de *origine* anni gratiæ dicta sunt, perspicuum est, reditum eius potissimum ad *solutionem æris alieni* impendendos esse, adeoque defuncti heredes eorum participes fieri non posse, si hereditatem defuncti repudiauerint. Non nego tamen esse quædam capitula, vbi tantum *viduæ* debetur annus gratiæ, non *iure hereditario*, sed *iure speciali*, sed illa fine dubio a pristino more ex ignorantia eorum, quæ a maioribus constituta sunt, desciuerunt. Quodsi *speciali pacto* viduæ prospectum est, vt illa ad annum vel biennium reditus canonicales post mortem canonici percipiat, conclamatum est, alium huius anni gratiæ tunc esse finem, nec amplius soluendis debitis defuncti inseruire, qualem casum suppeditat LYNCKERVS *resp. 42.* vbi *n. 19.* hæc addit: Weniger, daß die Schulden sie daran behindern mögen, sondern die Erben dafür Sorge zu tragen; und die anni deseruiti denenselben unterworffen sind, welche, wenn sie schon samt der gantzen Erbschafft durch die Schuld absorbiret werden, und nicht einmahl hinreichen solten, nichts destoweniger die Wittwe ihren annum gratiæ nicht allein,

Et ad soluendum æs alienum potissimum spectat.

Aliud est, vbi vidua ex iure speciali annum gratiæ percipit.

non sunt defuncti heredes, aeris alieni necessitas ex his reditibus illis quoque non incumbit b).

Ecclesia succedens soluere quoque tenetur.

§. XXVI. Denique quamuis alias ecclesia ad aes alienum defuncti clerici soluendum non teneatur, aliud tamen sine dubio dicendum est, si ei succedit c).

len, wie die Erben die annos deseruitos, erhält, sondern auch denselben unangefochten zu geniessen hat, und folglich auch ihren Erben daran weder Abbruch, noch Hinderung verursachen kan, wenn des defuncti Vermögen zur Tilgung dessen Schulden nicht hinreichend ist. Addit, annum gratiae deberi ex reditibus capituli, quod sicuti ad soluendum aes alienum defuncti canonici non obligatur, ita similiter quoque viduam, cui annus gratiae debetur, ad illud soluendum non teneri. Admitti hoc potest, si subsistamus in ea specie, quam vir Illustris praesupponit, vbi speciali pacto viduae erat prospectum: alioquin enim, licet annus gratiae debeatur ex reditibus capituli, inde tamen non sequitur, quod aes alienum ex his solui non debeat, prout ex dictis liquet.

Clerico defuncto succedit ecclesia.

Qua ratio anni gratiae apud protestantes?

b) In ecclesiis parochialibus Protestantium eiusmodi annus gratiae receptus est in solatium viduae et liberorum, adeoque ab eo, de quo hactenus dictum est, prorsus differt. Hic enim in plerisque locis viduae liberisque defuncti, non vero quibuscunque heredibus debetur ex *iure speciali*, seu *priuilegio*, cuius consequens est, aes alienum de eo exsoluendum non esse, aut pro aere alieno defuncti clerici sequestrandum vel arrestandum, CARPZOV. *l. 1. iurispr. consistor. def. 123. sqq.* adeoque debetur viduae, etiamsi vel maxime repudiet portionem statutariam, et illatum repetat. CARPZ. *cit. l. def. 242.* FINCKELTHAVS *de iur. patron. c. VI. n. 94.* Similiter liberis etiam competit, si vel maxime repudiauerint hereditatem paternam, CARPZ. *cit. l. def. 225.* quod vel inde conspicuum est, quia in multis locis viduae annus gratiae debetur, in quibus tamen ex statuto ipsi nulla successio competit.

c) Hoc iure communi iam prouisum est, vt ecclesia, defuncto clerico sine heredibus, succedat. *l. 20. C. de Episc. et cler.* CARPZ. *lib. III. iurispr. consistor. def. 9.* Equidem alias fiscus in bona vacantia succedit; sed quia ecclesia speciem separatam cuiusdam reipublicae prae se fert, quam nec penitus deposuit inter Protestantes, fiscum suum quoque habet, et ita non fiscus secularis, sed ecclesiasticus succedit. Quocunque vero nomine hanc acquisitionem vocemus, titulus tamen, quo ecclesia haec bona acquirit, est *vniuersalis*, et ita ad soluendum aes alienum obligatur.

CAPVT

CAPVT IV.

DE CLERICO DEBITORE, NON SOLVENDO EXISTENTE.

ARGVMENTVM.

§. I. II. Beneficium prælatorum, non soluendo existentium, in reseruandis fructibus beneficiorum. III. Eius origo. IV. Vsus in Germania. V. An clericis beneficium competentiæ datum sit. VI. -- XI. Affirmantium sententia expenditur. C. 3. X. de solut. explicatur. XII. Vsu forensi illis tribuitur. XIII. Quinam clericorum eodem fruantur? XIV. Eo gaudent, probata inopia; XV. turpiter non contracta. XVI. In quibus debitis obtineat? XVII. XVIII. De eius renunciatione. XIX. Ex iuramento, debito adiecto, non colligitur. XX. Quando cesset beneficium competentiæ. XXI. Est ius personale.

§. I.

Quæ *capite anteced.* congesta, ita comparata sunt, vt quidem etiam locum habere possint, si vel maxime clericus debitor non sit soluendo; quia vero specialia quædam d) iis *Transitio.*

d) Idque ex dignitate singulari, qua clerici gaudent, quæ etiam merito iis debetur. Plura alia in honorem ministerii sunt introducta, quæ singulis non competunt. Adeo hanc clericorum prærogatiuam extulit INNOCENTIVS III. *in c. 6. de maior. et obed.* vt afferat, *quod illis omnis terra caput inclinet, et assurgere debeat*, adeoque merito prospiciendum, *Clerici dignitate peculiari gaudent.*

iis Dd. folent indulgere eo in casu, si non sunt soluendo, aut vbi concursus mouetur, conueniens esse duxi, hæc iura speciali capite nunc examinare.

Prælatorum obæratorum recursus ad pontificem.

§. II. Quandoque itaque episcopi aut prælati grauissimo æris alieni onere premuntur, hanc a pontifice impetrare solent gratiam, vt *fructus beneficiorum vacantium*, quæ de iure aliis conferre possunt, ad annum vel vltra sibi *reseruare* queant e), cuius praxeos monumenta antiqua passim extant f).

§. III.

endum, ne, si ad incitas redigantur, *in vituperium ministerii defectum in rebus temporalibus patiantur*, vt ait rursus Pontifex in c. 9. X. *de renunc.* De paupertate cleri inferioris grauiter conqueritur HIERONYMVS in c. 23. §. 5. D. 93. ostenditque, quod hæc in despectum ministerii cedat. *Mendicat*, inquit, *infelix clericus in plateis et ciuili operi mancipatus publicam a quolibet depostit alimoniam. Et quidem EX EO despicitur cunctis sacerdotale officium, dum misericordia desolatus iuste putatur ad hanc ignominiam deuenisse.* Inde omnino æquum est, vt in casu inopiæ extremæ iis quomodocunque succurratur. Cum

Exempla concessorum reditunm.

enim iis noua priuilegia concedere non liceat, et quæstiones *consilii* a iuris consideratione prohibe secerni debeant, potissimum examinandum *hoc cap.* est, in quantum de iure iis concessum sit.

Quando fructo beneficiorum debitorum dari reperint?

e) Huius beneficii fit mentio in c. 32. X *de V. S.* quod HONORIVS III. seculo XIII Tullensi Episcopo concesserat, quod quidam nimis restringere conabantur; inde pontifex ita: *Tua nos fraternitas intimauit, quod cum tibi pro releuatione oneris debitorum duxerimus indulgendum, vt fructus beneficiorum, quæ interim in diæcesi tua vacare contigerit, tibi liceat biennio retinere, quidam Apostolica gratia priuilegium etc.* Similiter BONIFACIVS VIII. eius mentionem facit in c. 10. *de rescript. in 6.* quo ostendit, quod specialiter fructus certo vsui destinati eo priuilegio non contineantur. *Si propter tua debita soluenda*, ait, *fructus beneficiorum primi anni, quæ in tua vacabunt diœcesi, tibi vsque ad quinquennium de speciali gratia concedimus etc.*

f) Exemplum illustre habet BROWERVS *lib. XVI. annal. Treuirens. ad ann. 1243.* vbi INNOCENTIVS IV. ARNOLDO Archiepiscopo Treuirensi eam gratiam indulsit, his verbis: *Promerente tua deuotionis promtitudine, qua et fidei puritate constantia te singularem nouimus inter deuotos Romanæ ecclesiæ reputari, dignum fore prouidimus, vt te speciali prærogatiua*

fauoris

§. III. Quod ius eo magis libere Pontifex olim exercuit, quod liberam beneficiorum collationem sibi vindicauisset g), et consequenter, sicuti ipsemet de beneficiis pro lubitu disponebat, sibique non raro aliquod tempus reseruabat h); ita quoque hanc facultatem, *reditus primi anni* ex vacantibus

Qui illis reditus ex beneficiis vacantibus concedere potest.

fauoris et gratiæ prosequentes, petitionibus tuis, quantum cum Deo possumus, fauorabiliter annuimus, simul ex parte tua fuit coram nobis propositum, cum mensa tua reditus propter guerrarum discrimina sint adeo diminuti, vt sufficere nequeant ad sustinenda onera, quæ incumbunt pro defensione tua ecclesiæ, ac etiam ecclesiasticæ libertatis: nos deuotionis tuæ precibus benignum impertientes assensum, auctoritate præsentium tibi indulgemus, vt beneficia ecclesiastica, quæ electionis tuæ tempore obtinebas, illis duntaxat exceptis, quæ mandato nostro aliis sunt collata, retinere libere valeas, vsque ad nostræ beneplacitum voluntatis. Alias pontifex ad certum tempus restringere solet hanc gratiam, ARNOLDO autem illimitatam concessit, quod singulare est. Anno 1246. teste MATTHAEO PARISIENSI *in histor. Anglic. p. 606.* Cantuariensi similis gratia, sed ad septennium restricta, concessa est, *vt ipse*, ita inquit MATTHAEVS, *per septennium, et non vltra omnium beneficiorum ecclesiasticorum, quæ deinceps in ciuitate, diœcesi et prouincia Cantuariensi vacabunt, prouentus, vsque ad decem millia marcarum summam reseruare possit.* Caussa illius in dicto diplomate traditur, *quod ecclesia Cantuariensis adeo grandi fuerit debitorum onere prægrauata, quod vix posset ab ipsis absque sedis Apostolicæ prouidentia liberari.* Prætextus, an vera fuerit caussa? incertum est: Ipse PARISIENSIS fucum fecisse pontificem credit, cum non constiterit ecclesiam Cantuariensem alieno ære nimis grauatam fuisse. Ipse HENRICVS III. ægre hoc tulit, et, *O quam multiformes*, exclamauit, *sunt laquei venantium, ad subiectorum simplicitatem decipiendam!*

g) De hac vid. CONRING. *de constit. Episcop. per German.* §. 49. *sqq.* et §. 76.

h) CLEMENS V. anno 1305. sibi ipsi per biennium omnes prouentus de primo vacantibus in Anglia appropriauit, referente THOMASSINO *P. III. de vet. et nou. eccl. discipl. lib. 11. c. 58.* § 4. non alia ex ratione, quam quod viderit, Episcopos per Angliam sub prætextu æris alieni, et necessitatum suarum talia appetere. Eundem morem imitatus est IOANNES XXII. simulque in *c. 11. extrau. comm. de præbend.* declarauit, quomodo talis reseruatio intelligi debeat, quam ad certum tempus fecit pro *necessitatibus ecclesiæ Romanæ*. Hæ reseruationes aliquid simile cum *annatis*

Papa reditus vacantes sibi ipsi reseruat.

cantibus beneficiis percipiendi, ad certum tempus episcopis conferre poterat.

Etiam in Germania, non obstantibus concordatis.

§. IV. Equidem Pontifici per *concordata nationis Germanicæ* libera dispositio circa beneficia ecclesiastica per Germaniam ademta est i), adeoque ei integrum non esse videtur, fructus primi anni pro necessitatibus ecclesiæ Romanæ sibi reseruare k). Verum quin episcopis aliisque per Germaniam constitutis prælatis tales reseruationes in casu *inopiæ grauissimæ* concedere possit, nullus dubito, quia tali concessione concordatis nullum fit præiudicium, sed libera collatio episcopis relinquitur, et tantummodo fructus primi anni pro soluendis debitis episcopis reseruantur l), quamuis variis

cx

natis habuere, sed cum illis non sunt confundendæ, quia alium fontem, modum, finemque habent, quod obiter noto.

i) Vid. CONRING. *d. l.* §. 84.

Quid pontifici post concordata liceat?

k) Equidem in *concordatis nationis Germanicæ* quidam casus iuxta c. 13. *extrau. comm. de prabend.* Pontifici reseruati sunt, in quibus pontifex disponere, et beneficia reseruata conferre potest. Similiter collatio beneficiorum *suo modo* pontifici reseruata est, quæ in mensibus papalibus scil. vacant; sed huiusmodi reseruatio tantummodo *collationem* et *prouisionem* respicit, minime vero illam *extraordinariam reseruationem fructuum primi anni* pro necessitatibus ecclesiæ Romanæ. Constat enim, concordata hæc facta fuisse vnice in hunc finem, vt pontifici libera prouisio, quam sibi contra praxin antiquam vindicauerat, restringeretur, et præterea determinaretur, quantum lucri ex beneficiis nouiter collatis percipere debeat, quorsum vnice pertinent *annata*, præter quæ nihil sibi iuris in beneficia Germanica vindicare potest. Iam autem cum illis has *extraordinarias* reseruationes nihil commune habere antea dixi. Quamuis vero pontifex non raro contra hæc concordata quædam attentauerit, Germani tamen se firmissimum in iis habere Palladium semper existimarunt, et Cæsares in capitulationibus suis fidem dederunt, promiseruntque, se eo allaboraturos esse, vt illis firmissime staretur. Vid. *capitul.* IOSEPHI *art. XVIII.* et CAROLI VI. *art. XIV.*

l) Quippe pontifici tantum ius libere conferendi beneficia ademtum, et quidem in fauorem ordinariorum collatorum, qui per Germaniam constituti sunt, in quorum præiudicium hæc detorqueri non debent.

ex rationibus hæ reseruationes in effectum deduci non possint m). Ceterum etiam principibus protestantibus has reseruationes pro publicis necessitatibus grauissimis concedendas esse, crederem n).

Idem principibus protestantibus licet.

An clericis beneficium competentiæ concessum?

§. V. Ceterum clericis in genere in iure canonico o) beneficium generale concessum esse aiunt, vi cuius, si non habent, vnde creditoribus satisfaciant, nec capi, aut in carcerem duci, aut excommunicari, aliterue molestari debeant; vt tamen cautionem idoneam præstent de soluendo debito, si ad pinguiorem fortunam deuenerint.

§. VI.

m) Constringuntur episcopi per capitulationes in capitulis Germaniæ, quibus vtplurimum huiusmodi reseruationibus obuiam itur. Quod si tamen cum *consensu capituli* hanc gratiam a pontifice in casu grauissimæ inopiæ impetrassent, ea facilius vti possent.

Capitula reseruationes impedire valent.

n) Quod ex *concordatis nationis Germanicæ* contra pontificem adductum est, principibus protestantibus non obstat, quippe qui iis non ligantur. Non hic prouoco ad titulum iuris episcopalis aut papalis, quem principibus nostris communis protestantium Dd. schola tribuit, quia meliori, quam hoc fucato titulo iura sacra exercent. vid *supra* c. *II.* §. *10.* Sufficit titulus *superioritatis territorialis*, cui ius circa *sacra* adhæret, et sicuti vi huius illis integrum est, bona ecclesiastica secularisare, et reditus inde redactos in *necessitates publicas* in casu *summæ reipublicæ inopia* conuertere, in quantum instrumenti pacis dispositio huic non resistit; ita multo magis reseruatio fructuum *primi*, vel *plurium annorum* ex prædiis ecclesiasticis illis integra erit, cum etiam ecclesiæ in casu *publicæ calamitatis* reipublicæ calamitatibus succurrere debeant. Conf. KLOCK. *de contribut.* c. *XII.* n. *212. sqq.* Vid. supra *Cap. I.* § *4. p. 10.*

Quo titulo Protestantes sibi reditus eccles. applicent.

o) Beneficium hoc, de quo tantopere canonistæ gloriantur, extare volunt in c. 3. X *de solut.* De cuius mente vt eo euidentius constet, verba pontificis referre lubet. *Odoardus clericus proposuit, quod cum P. clericus D laicus, et quidam alii ipsum coram officiali Archidiaconi Remens. super quibusdam debitis conuenissent, idem in eum recognoscentem huiusmodi debita, sed propter rerum inopiam soluere non valentem, excommunicationis sententiam promulgauit. Et infra: Mandamus, quatenus si constiterit, quod prædictus O. in totum vel pro parte non possit soluere debita supra dicta, sententiam ipsam sine difficultate qualibet relaxetis, recepta prius ab eo idonea cautione,*

Quidam illud affirmant.

§. VI. Hoc beneficium, de quo GREGORIVS IX. *in cap. 3. X. de solut.* dispofuiffe creditur, reuera eft pomum Eridos inter eruditos. Quidam enim, et quidem fere plerique exiftimant, in eo clericis datum effe *beneficium competentiæ* p), vi cuius fi ad inopiam redacti funt, neceffaria iis relinquenda funt alimenta, et duntaxat in tantum, in quantum facere poffunt, executio facienda eft.

Alii textum de ceffione intelligunt.

§. VII. Alii negant, beneficium competentiæ in adducto textu clericis effe conceffum, fed illum tantummodo de *beneficio ceffionis bonorum* q) intelligi debere, hoc effectu, vt clerici nulla, nec excommunicationis, nec carceris moleftia affici debeant, id quod ex fubiecta claufula de cautione præftanda concludunt.

§. VIII.

tione, vt fi ad pinguiorem fortunam deuenerit, debita prædicta perfoluat. In hoc textu fe fcil. inueniffe exiftimant, vnde clericis obæratis ingens folatium adferri poffit, adeoque prolixis commentariis eum exornant GONZALEZ, BARBOSA, GRANANIETTO, FAGNANVS, aliique, vt veteranos non tangam. Plerique fine iudicio alios exfcribunt, et confidenter plura fupponunt, quæ in hoc textu non reperiuntur.

p) Hoc ex *cit. textu* colligunt, GONZALEZ, BARBOSA, ceterique interpretes, quos BARBOSA et GRANNANIETTO allegarunt. Specialim vero fe hoc priuilegium in *cit. textu* deprehendiffe credunt NICOLAVS de GRASSIS *de effectibus clericatus effect. VII.* COVARRVVIAS *lib. II. variar. refolut. c. 1* aliique plures, quos magno numero allegant canoniftæ, qui tamen probationem ex ipfo textu non depromunt, fed aliunde eam arceffunt. Forfan in eam ideo fecefferunt opinionem, quod pontifex referibat, clericum non foluendo exiftentem excommunicari non poffe, fed tantum adftringendum effe, vt cautionem idoneam præftet de foluendis debitis, fi ad pinguiorem fortunam peruenerit. Nullo modo itaque eum moleftandum effe crediderunt; alioquin enim, fi pontifex ODOARDVM noluiffet *beneficio competentiæ* frui, fine dubio mandaffet, vt iuxta *c. 2. X de fideiuff.* executio in reditus beneficii fieret.

Sententia Gloffa.

q) Hanc fententiam GLOSSA ad *cit. text.* amplexa eft, crediditque, clericum ODOARDVM paratum fuiffe cedere bonis, fed ab Archidiacono ad illud beneficium non fuiffe admif-

§. VIII. Alii denique, nihil folidi ex hoc textu conclu-di poffe, omnesque eorum conatus effe irritos iudicant, qui vel beneficium *ceffionis* vel *competentiæ* ex eo elicere conantur r), quod neutrius beneficii pontifex mentionem iniiciat, fed aliunde fatis mens pontificis in *cit. textu* colligi queat. *Alii vero nihil inibi clericis conceffum credunt.*

§. IX. Et, fi dicendum, quod res eft, facilius erit, oleum ex pumice extorquere, quam vllum clericis priuilegium ex hoc textu tribuere. Nihil iuris fingularis in eo clericis affignatur. Quod pro debito in cafu inopiæ excommunicari nequeant, iuris communis eft, et in laicis quoque obtinet s). *Quod quoque verius eft.* *Explicatur textus.*

De

admiffum, quam fententiam nouiffime approbauit STRYK. *in not. ad ius eccl. Brunnem. lib. II. c. 15. §. 33.* Equidem GONZALEZ. *ad cit. text. n. 6.* hanc improbat interpretationem, ex ea ratione, quod non tantum ceffionis mentio in textu non fiat, fed etiam, quod, fi GREGORIVS intendiffet, clericum bonis cedere debere, etiam decreuiffet, ante relaxationem excommunicationis ipfum ODOARDVM etiam prius bonis cedere debere. Sed non inepte dici poffet, textum cum omnibus circumftantiis non referri, plura effe truncata; adeoque rationem latere, quare ODOARDVM Archidiaconus ad beneficium hoc admittere noluerit; nec neceffe fuiffe, vt adderet, ante relaxationem ipfum cedere debere, quippe ad ceffionem paratus fuit, nec de eo dubium aliquod fupereffe poterat.

r) Ita opinatur LAVTERBACH. *diff. de benef. competent. §. 33.* aitque: *Quæ fuerit mens Pontificis ad certum cafum refcribentis, ex ipfis d. cap. verbis perfpicue fatis cognofcitur. Nimirum clericum nec ob confeffa debita excommunicari poffe, et excommunicationis fententiam illo cafu, de quo refcribit Pontifex, a iudice latam, præftita cautione de folutione, fi ad pinguiorem peruenerit fortunam, facienda, ftatim effe refcindendam. Quod autem voluerit clericis certum priuilegium concedere ac determinare, in quantum clerici conueniri aut condemnari poffint, de illo ne fyllaba quidem ibidem inuenitur.* *Lauterbachii interpretatio.*

s) Hoc clariffime liquet ex c. 5. X. *de vfur.* vbi Pontifex generaliter ita cenfuit: *Illi autem, qui non habent in facultatibus, vnde vfuras valeant reftituere, non debent vlla pœna mulctari, cum eos nota paupertatis euidenter excufet.* In eo ergo peccauerat Archidiaconus Rhemenfis, quod ODOARDVM, foluendo non exiftentem, excommunicauerat, adeoque fenten- *Ob deficientes facultates nemo excommunicatur.*

De cetero minime in textu dicitur, quod clerici pro debito non possint capi, aut alia molestia adfici t). Et si vel maxime id ipsum pontifex supposuisset, nihil aliud, quam commune beneficium ODOARDO applicuisset, *cessionis*, scilicet *bonorum* quod rursus laicis quoque debetur. Multo minus *beneficii competentiæ* vllo modo mentio fit, cuius certe pontifex in præsenti casu haud oblitus fuisset, si clericis illud indulgere voluisset. Quin potius etiam tunc, si pro parte soluere haud possit, excommunicationem relaxandam esse censet, simulque innuit, eum ad soluendum adigendum esse, si pro parte

An Archidiacono excommunicare liceat?

Ab excommunicatione ad incarcerationem non valet consequentia.

sententia non valebat. Nec inde, quod Pontifex asserit, *si constiterit etc.* arguendum est, inopiam debitoris clerici nondum probatam fuisse; rescribit enim Pontifex ODOARDO supplicanti, et iuxta ipsius narrata conditionate respondet; quemadmodum omnia rescripta sub hac clausula: *si preces veritate nitantur*, intelligi debent. Illi vero prorsus a veritate aberrant, qui ideo nullam fuisse excommunicationem putant, quod ab Archidiacono esset decreta, vtpote cui regulariter *ius excommunicandi* denegatum est; nam ipse contextus ostendit, Pontificem, hac de caussa excommunicationem relaxandam esse, haud indicasse, sed potius aliunde fundamentum decidendi petiisse. Et quin etiam Archidiaconi per immemorialem præscriptionem *ius excommunicandi* acquirere possint, inter plura alia, quæ GONZALEZ ad *cit. cap.* adducit, etiam liquet ex diplomate notabili apud SCHATEN. *in annal. Paderborn. lib. XI ad annum 1263.* quo Archidiaconis quoque hæc facultas corroborata est. Præterea quoque illis haud assentiendum, qui volunt, *excommunicationem* in dicto casu valorem habuisse, ideo quod Pontifex præceperit, relaxandam esse, quod fieri haud potuisset, nisi excommunicatio vinculum habuisset. Notum enim est, sæpius in iure canonico illa *relaxari* dici, quæ vires non habent et nullæ sunt, prout in materia de iureiurando huius prædicati abusus quoque occurrit.

t) Et tamen hoc ex textu eruit GRANANIETTO ad *cit. c. 3. n. 1.* ideo: *quicunque ob debitum non debet excommunicari, ille quoque nec incarcerari potest.* Verum consequentiæ ratio laborat. Nec laici, qui soluendo non existunt, excommunicari possunt, et tamen nemo negabit, eosdem capi et incarcerari posse, si priuilegio *cessionis bonorum* vti nequeant. Deinde *excommunicatio* in eiusmodi debitore omni caret effectu; non incarceratio, qua merito coercentur, qui sua culpa bonis labuntur.

parte soluere queat u). Nec quod sub cautione idonea dimittendus sit, vllum beneficium habet, quin magis grauat debitorem clericum, cum alioquin nequidem hi, qui bonis cesse-

u) Nunquam a Pontifice omittitur occasio, qua clericis noua indulgere potest priuilegia, sed nec hic, nec alibi *beneficii competentiae* mentionem facit. Sane in c. 2 et 3. X. de fideiuss. rursus occasionem habuisset, illud eis tribuendi, si voluisset. Simpliciter vero dispofuit, quod reditus beneficiorum in solutionem debitorum conuertendi, non autem, quod tantum contra eos facienda sit executio, in quantum facere possint; quod addi debuisset, si ea fuisset mens Pontificis. Recta ratio et bonae interpretationis regulae suadent, vt *regula* tamdiu sit standum, donec probetur *exceptio*, quam legislator expresse addere debet, cum non praesumatur. Et tamen GONZALEZ *ad cap. 2. X. de fideiuss. n 10.* ita Pontificem ex praeconcepta opinione intelligendum esse contendit. *Nec obstat,* ait, *primum argumentum difficultatis, quia non negamus, cum capiantur fructus beneficii ex causa iudicati, prius congruam portionem clerico esse assignandam, ita vt vltra quam facere possit, non condemnetur.* Sed hoc non est interpretari textus iuris, sed vim eis facere. Prouocat quidem *ad* c 3. *X. de solut.* verum id ipsum est, de quo litigatur, an in hoc textu singulare ius clericis datum sit? Cur enim Pontifex duos hic casus supposuisset; (1) quando in totum, (2) quando pro parte debitum solui non possit, si beneficium competentiae eis indulgere voluisset? Si *in totum* debitum solui nequit, nihil habet, quod ei ad necessaria vitae alimenta relinqui possit: neque enim omnes clerici statim praebendati sunt, plures ordinantur ad titulum *patrimonii*, quod tamen variis casibus ita atteri, et extenuari potest, vt debita ipsum patrimonium superent: ita vt apud Pontificios facile casus existere possit, quo *in totum* debitum solui nequeat. Si pro parte solui nequit, necessario praesupponi debet, eorum patrimonium *pro parte* solutioni debitorum sufficere, adeoque Pontificem indigitare, vt *pro parte* etiam solutio debiti fiat. Obiicis forsan, intentionem Pontificis fuisse, *vt etiam* eo casu ad soluenda debita clericus cogi nequeat, si tantum pro parte exsoluere non possit, vt bona potius retineat, vnde viuere queat. Verum si id intendisset Papa, clarius absque dubio locutus fuisset, immo nec illud cupere potuit, cum contingere valeat, vt qui *pro parte* soluere nequit, plus retineat, quam beneficium competentiae requirit. Fac clericum in bonis habere decem millia thalerorum, et debere vltra duodecim millia, sane pro parte soluere potest; Verum si hic ab omni solutione debiti esset

Non fuit Papae intentio clericis benef. competentiae tribuere.

cesserunt, ad cautionem adstringantur; sed tantum hi, qui vel rescriptum moratorium impetrauerunt x), vel illi, qui beneficio competentiæ vtebantur, quamuis ab his nulla cautio fideiussoria, sed nuda promissio desiderabatur y).

Affirmantium cætera rationes.

§. X. Ne vero hoc solo textu vti videantur, ad alias etiam iuris rationes sententiæ huius propugnatores confugiunt. Aiunt z), milites cœlestis militiæ æquiparari terrestribus a): et quemadmodum militibus beneficium competentiæ tribuitur,

esset immunis præstandus, plus retineret; quam beneficium competentiæ desiderat, et locupletaretur cum insigni creditorum detrimento, qualis interpretatio, æquitati plane aduersa, admitti nequit.

Vnde ius canon. decisionem suam hauserit?

x) Per *l. 4. de precib. Imper. offer.* vbi Imp. ita: *vniuersa rescripta, quæ in debitorum caussis super præstandis dilationibus promulgantur, non aliter valeant, nisi fideiussio idonea super debiti solutione præbeatur.* Si quid diuinare valeo ac puto, Pontificem ex hoc textu suam decisionem formasse, præsertim cum etiam *idoneam cautionem* desideret, ita vt non sufficiat nuda promissio, vt ipse GONZALEZ *n. 2.* obseruat.

Clerici milites cœlestis militia.

Quæ cautio in c. 3. X. de solut. exigatur?

y) De marito, qui non est soluendo, hoc traditur in *l. vn. §. 7. C. de R. V. A.* his verbis: *cautione videlicet ab eo exponenda, quod si ad meliorem fortunam peruenerit, etiam quod minus persoluit, hoc restituere procuret.* Sub *cautione* autem non intelligi satisdationem, patet tum ex *l. 3. C. de verb. et rer. signif.* tum etiam speciatim in materia de *beneficio competentiæ* ex *l. 63. §. 4. pro soc.* ex qua liquet, nudam promissionem sufficere. Quæ cum ita sint, apertum est, Pontificem ad hanc cautionem, quæ beneficium competentiæ desiderat, respicere haud potuisse, quin potius quoad beneficium *cessionis*, quod ODOARDO denegare noluit, singulare quid constituisse, quod alias de *iure ciuili* non erat necessarium, sed ab illis tantum præstandum, qui rescriptum moratorium impetrauerunt.

z) GLOSSA ad *l. 6. pr. D. de re iudic.* hoc argumento vtitur, quam vt idolum, plerique adorarunt. Ait: *Quid in militia cœlestis militibus? Respondetur, idem multo magis, cum per eos summi Numinis veniam speremus.* Inde cateruatim quoque in hanc sententiam iuerunt canonistæ, et hoc argumentum ad illustrandum *c. 3. X. de solut.* adhibuere. Vid. GRANANIETTO ad *c. cit. 3. §. 2.* FAGNANVS ad *cit. text. num. 19.* WIESTNER *instit. iur. canon. ad cit. tit. n. 21. sqq.* HENRIC. CANISIVS *in comm. ad cit. c. 3. n. 1.* GONZALEZ ad *cit. text. n. 19.*

a) Vid. *c. 19. C. 23. qu. 8. C. 1. X. de cleric. ægrot.*

tur, ne deserant militiam; ita multo magis hoc priuilegium cœlestibus militibus competere debere, ne a diuinis ministeriis se abstineant, et in ordinis opprobrium teneantur mendicare.

Qua refutantur.

§. XI. Sed hoc argumentum insigni laborat vitio. Quicumque in vno vel altero comparantur, non plane iidem sunt censendi, nec iisdem debent *vbique* gaudere iuribus. Praeterea beneficium competentiæ est ius singulare, quod interpretationem extensiuam non admittit, nec ad alias extendi potest personas, quam quibus leges id indulsere b). Suadent hæ rationes, æquum esse, vt clerici hoc iure fruantur, minime vero probant, illis tale ius datum fuisse.

Ex consuetudine, clerici benef. competentiæ habent.

§. XII. Interim, quod ratio iuris efficere non potuit, id vlus constituit, propagauit, corroborauit; cuius magna in ambiguis quæstionibus decidendis est auctoritas c). Postquam enim fere ad vnum omnes interpretes in *c. 3. X. de solut.* clericis beneficium competentiæ indultum esse existimarunt, hæc opinio tam altas in praxi egit radices, vt etiam in foris protestantium recepta, et vsu frequentiore approbata sit d); ita

Priuilegia militum ad clericos male extenduntur.

b) Optime ENENCKEL. *de priuil. lib. II. c. 4. n. 42.* hac de argumentandi ratione ratiocinatur, et *illorum*, inquit, *audaciam nunquam ego excusauero, qui sæpe non ita magna ratione moti, priuilegia omnia, etiam quæ considerate et determinate maxime circumscripserunt Principes, ex vno genere in aliud diuersum transferunt: et quo loco ipsi Principes, difficiliores sæpenumque exhibere solent, hi adeo sunt faciles et benigni, vt paucis versibus et pagellis res maximi ponderis et momenti præstare posse præsumant. Tales sunt v. c. qui militum priuilegia ad clericos, ad scholares, aduocatos etc. transferre solent. Equidem militibus multa Imperatores, et magna priuilegia dederunt: sed et sua clericis, sua aduocatis, sua scholaribus dederunt.*

c) *l. 37. l. 38. D. de LL.* FRANZKIVS *in comment. ad D. tit. de LL. n. 10.*

d) Hanc obseruationem illustrat CARPZOV. *P. 1. C. 12. def. 18. in f.*

LAV-

ita vt non possim non hanc quoque sententiam amplecti, non quidem *ratione iuris scripti* conuictus, sed *interpretatione vsuali* inductus, cui æquitas assistit e).

Quæ ad hoc requirantur. Primum requisitum.

§. XIII. Præsupposita ergo hac praxi, requisita, vt huic beneficio locus esse possit, specialius consideremus. Requirunt (I.) clericos in ordinibus sacris constitutos f): Nec enim clerici minorum ordinum, aut qui tantum primam tonsuram acceperunt, eodem fauore digni sunt, multo minus in eos quadrat ratio æquitatis, antea adducta g), ne dicam priuilegia

LAVTERB *de benef. compet.* §. 32. *in f.* MEVIVS *in discuss. leuam. inop. debit. c IV. sect. 7. n. 31.* GAIL. *I. obs. 117. n. 9.* STRYK. *in not. ad ius eccl.* BRVNNEM. *lib. II. c. 15. in f.* MVLLER. *in not. ad* STRVV. *Ex. 44. §. 20. lit. N. in f.*

In quibus cessat ratio æquitatis adducta.

Æquitas beneficii competentiæ clericorum.

e) Cederet alias inopia clericorum debitorum, et rigor creditorum in præiudicium ecclesiæ, cui nimirum propter inopiam amplius deseruire non possent: quin quod alia incommoda inde metuenda essent, vnde ex reditibus ecclesiasticis communiter egentibus clericis certum quid in sustentationem assignare solent, quod vocant, die competenz setzen und geben; quæ vero supersunt, creditoribus in solutionem assignantur.

Non pertinet hoc beneficium ad clericos minorum ordinum.

f) Ita recte censet COVARRVVIAS *lib. II. var. resol. c. 1. n. 9.* additque: *Non aliter decretalis hæc* (scil. *c. 3. X. de solut.*) *in foro admittenda est, ob multitudinem eorum, qui temere sine aliquo delectu, vt vitiis et criminibus liberius vacent, primis et minoribus ordinibus solent, maxima profecto prælatorum incuria, insigniri.* Certe indigni sunt hoc beneficio, qui clericorum titulo superbiunt, non tamen sacris inseruiunt.

g) Ecclesia sane nullum inde sentit incommodum, si hi *in solidum* condemnantur, nec ordini clericali vllum dedecus infligitur, si vel maxime hoc beneficio non gaudent. Gaudent quidem priuilegio *fori*, quod ad ampliandam iurisdictionem ecclesiasticam inualuit, sed inde non necesse est, vt omnium clericorum iuribus fruantur, maxime cum ostendi nequeat, hoc beneficium omnibus clericis sine delectu datum fuisse, quod sola interpretatio vsualis ex rationibus adductis firmauit, quare ad hos clericos, de quibus loquimur, applicari haud potest. Opponit quidem FAGNANVS generalitatem textus *in c. 3. cit.* sed sciendum est, (1) in eo contineri casum specialem, nec constare, qualis clericus fuerit: (2) adhuc nondum esse euictum, illum de beneficio *competentiæ* intelligi debere:

gia stricte esse interpretanda, maxime quæ sola vsuali interpretatione constant. Vnde nec hodie inter protestantes ad *aedituos*, *custodes*, aut *organicos* illud extendi potest. Quod vero capitulares et canonici apud pontificios eodem gaudeant, nullam habet dubitandi rationem, maiorem vero apud protestantes, apud quos, si officia spectas, fere non sunt clerici. Ast cum adhuc per instrumentum pacis dignitate ecclesiastica cum episcopis præfulgeant, priuilegia quoque alias canonicis competentia iis denegari nequeunt h): cum etiam adhuc hodie aliis immunitatibus fruantur.

§. XIV. *Probanda (II.) est inopia, ob quam soluere nequeunt.* Quamuis vero varios eam demonstrandi modos adferri soleant i), simplicissimus tamen modus est, si clericus debitor *Secundum.*

bere: quin potius (3) ex solo vsu forensi eo gaudent, qui illis non æque communis est, saltem hactenus probari non potuit: Accedit (4) quod ex dispositione concilii Tridentini *sess. XXIII. de refor. c. 6.* nequidem omnes clerici minorum ordinum beneficium fori habeant, sed illi demum, qui vel beneficium ecclesiasticum habent, alicui ecclesiæ ex mandato episcopi inseruiunt, aut in aliqua schola vel vniuersitate de licentia episcopi, quasi in via ad maiores ordines suscipiendos versantur: reliqui manent sub foro seculari, et nullatenus gaudent priuilegiis clericalibus. CANISIVS *ad c. 3. cit. n. 5.* Forsan ergo clerici minorum ordinum, iuxta concilium Tridentinum qualificati, hoc beneficio gaudebunt? Ego vero nec hoc dixerim; ideo enim vsus clericis illud dedit, quia militiam cœlestem agere videntur: At vero illam haud exercent *otiosi clerici*, vel ipso CANISIO obseruante, si vel maxime beneficium teneant, vel in aliqua schola versentur, nam et hi adhuc *otiosi* sunt respectu ministerii sacri. Ceteri, qui ex mandato episcopi ecclesiæ alicui inseruiunt, non quidem otiosi sunt, sed tamen *ministeria* eorundem *vulgaria* non sine graui abusu *militia cœlestis* dici queunt.

h) Forsan etiam his opponi posse censes, quod nullam militiam cœlestem agant. Verum hæc omnino iis demandata est: vnde etiam residentia ab illis exigitur; quod vero hæc vt plurimum otiosa sit, et omnia per vicarios expediantur, ad *abusus*, non vsum iuris legitimi spectat. *Canonici milites cœlestes sunt?*

i) In eo conueniunt, quod summarie docenda sit paupertas, quam ex *Vnde inopia colligatur?*

tor a Consistorio iubeatur patrimonii sui edere specificationem iuratam k); vt quantitate eius perpensa iudex determinare queat, quid clerico debitori pro eius dignitate relinqui debeat.

Tertium. §. XV. Inquirendum (III.) in *caussam inopiae.* Indigni enim hoc beneficio reputandi, qui luxuriose viuendo substantiam suam dissiparunt, et fraude sua l) inopes facti sunt, cum delinquentibus iura non succurrant. Leuiori tamen culpae condonandum erit.

Quartum. §. XVI. Ratio quoque (IV.) *ipsorum debitorum* habenda. Quippe ratio iuris non patitur, vt (1) clericis, si in negotiis aliis illicitis deliquerint m), succurratur, qui potius carceri

Vt et delictum. ex eo colligunt, si visus sit clericus debitor mendicare. ALOYS. RICCIVS *in prax. resol. 245. n. 2.* vel ex pluribus aliis coniecturis, de quibus plenissime agit MASCARDVS *de probat. concl. 1134.*

k) Nam etiam hanc edere iubetur, qui bonis cedere vult MEVIVS *de specif. iurat. C. IV. §. 28.* nec dispar ratio quoad hoc beneficium allegari potest.

Dolus et luxuria benef. comp. excludunt. l) Plerique *dolum* desiderant, vt FAGNANVS *cit. l. n. 44.* sed ab hoc parum absunt, qui luxuriose viuunt *l. 8. D. pro emtore*, maxime clerici, quorum vita alios mores omnino postulat, vt merito clericorum priuilegiis priuentur, qui vita sua pessimos quosque superant. Ita optime censent BARBOSA *ad tit. c. n. 22.* et NICOLAVS de GRASSIS *de effect. clericatus effect. VII. §. 32. sqq.*

m) Obiter hoc tantum addidi, cum alias de huiusmodi debitoribus me non agere, supra modo monuerim. Vid. *Cap. I. §. vlt. et Cap. III. §. 2.* Illustrari hoc poterit ex *c. 1. X. depos.* vbi quaestio est de clerico depositario, qui depositum inique occultauerat, animo furandi et intercipiendi, quo intuitu etiam *fur* ibidem dicitur. Huic beneficium nullum indulgendum erat; quin potius iubet Pontifex, eum, si necesse sit, *vinculis alligari.* Vlterius clerici calumniatores, et qui friuole lites protrahunt, in expensas condemnantur, quas si soluere nequeunt, aliter puniuntur, quia haec condemnatio in expensas genus poenae est. *C. 5. X. de dol. et contum.* Nec porro parcendum est illis, qui in fraudem creditorum bona sua alienarunt, sed recte incarcerantur. De GRASSIS *cit. l. n. 36.*

ceri mancipandi ſunt: (2) Immo etiam illis, qui negotiantur n).

§. XVII. Tandem quoque (V.) videndum, an etiam huic beneficio, quod ex *c. 3. X. de ſolut.* ſibi competere putant, renunciauerint o)? Equidem plures p) dubitarunt, vtrum etiam huic beneficio renunciari poſſit ad effectum, vt ob debita incarcerari queat clericus, quoniam condemnatio in ſolidum ſit contra reuerentiam, his perſonis debitam, et tali renunciatione toti ordini, cui priuilegium hoc datum, præiudicetur q). Quidam tamen r) hoc reſtringunt ad renunciationem

Quintum.

n) Nam nec hi fori priuilegio gaudent, ſed tales clerici mercatores iure communi ceterorum mercatorum vtuntur, ſi ex contractu mercaturam concernente conueniantur, vt nec diffitetur de GRASSIS *cit. eff. VII. n 63. ſqq.* Conf. ſupra *Cap. II. § 21. lit. v. in not.*

Idem in clericis mercatoribus.

o) In antiquis chirographis frequentiſſime hæc clauſula occurrit: Ich renunciire auch hierbey allen Rechts-Wohlthaten, ins beſondere dem *c. Odoardus:* adeo vt chirographis, nomine *eccleſiæ et monaſteriorum* conſcriptis, inſeri ſoleat, quia ipſi clerici ſub eccleſia et monaſteriis intelliguntur.

Renunciatio beneficii cap. Odoardus.

p) Immo plerique negatiuam tuentur; qui vero in caſtra affirmantium eunt, pauci ſunt, quia boni. Vulgus negantium ſequuntur de GRASSIS *cit. l. n. 28.* GONZALEZ *ad c. Odoardus 3. X. de ſolut. num. 17.* WIESTNER *ad tit. X de ſolut. n. 29.* BARBOSA *ibid. n. 24.* FAGNANVS *ibid. n. 74.* Inter hos WIESTNER, FAGNANVS, aliique nequidem iuratam renunciationem admittunt, quia priuilegium hoc non *ſingulis*, ſed *toti ordini* datum, cui nec per iuramentum renunciari poteſt. Eodem argumentandi genere ipſe vtitur Pontifex in *c. 12. X. de for. compet.* ſupponitque, tale iuramentum eſſe contra leges. Alias ineptias addit FAGNANVS *cit. l.* quibus probare conatur, eiusmodi iuramentum contra bonos mores eſſe, *quia*, ait, *carceris ſqualor contra æquitatem naturalem eſt, et ex hoc ſequitur inhumanitas et crudelitas: liberi hominis caro et corium non poſſunt eſſe in obligatione.*

q) Conf ſupra *Cap. III. §. X. lit. i)*

Illam plures non admittunt.

r) Ita ſentit CAROLVS de GRASSIS *cit. l.* ſed meo iudicio ludit. Ait enim, *renunciationem validam eſſe, poſſe tamen eundem petere relaxationem, nec hanc eſſe denegandam.* Certe non ſatis ſibi conſtat: ſi enim obligatur ex tali renunciatione iurata, obli-

An relaxatio renunciationis peti poſſit?

nem simplicem, *iuratam* excipientes, ne alias in periurium inciderent, adeoque ante obtentam absolutionem permanere in carceribus debeant.

An beneficio competentiae et cessionis possit renunciari?

§. XVIII. Verum interpretes in hac quaestione omnia turbant et miscent. Omnes ad vnum defendunt, in eo textu, de quo hactenus actum, agi non de *cessionis*, sed pinguiori beneficio, *competentiae* scilicet. Attamen, si omnium rationes conferantur, potissimum illuc redeunt: An clericus possit renunciare beneficio cessionis? Quod tamen nolunt esse in quaestione, dum generatim quaerunt, an renunciari possit beneficio *cap.* ODOARDVS? Distincte potius procedendum et inquirendum: (1) An possint renunciare beneficio competentiae? quod affirmandum s) censeo. (2) An beneficio cessionis?

obligatur quoque, ne semet, inuito creditore, ab ea liberet, quod tamen facit petendo relaxationem. Re. uera non obligatur, cuius in potestate est, vt non sit obligatus, quia absolutio talis ei non debet denegari, vt expresse addit. O barbaram philosophiam!

Effectus renunciationis.

s) Neque dum hoc affirmo, statim assero, clericos carceri esse mancipandos, quem effectum renunciatio huius priuilegii minime habet; sed eum tantummodo, ne alimenta necessaria excipere, verum omnibus potius bonis spoliari, vel, vt lenius dicam, priuari queant. Interim autem hoc ipso non statim amittit beneficium cessionis, quin; cum omnis renunciatio sit stricti iuris, extendi nequit, et consequenter per renunciationem, amisso beneficio competentiae, non simul amissum censetur beneficium commune, quod etiam laicis indultum est, *cessionis* nimirum. Equidem vrgent, tendere talem renunciationem in praeiudicium *status clericalis*, quod ita in istius opprobrium mendicare, aut alias sordide viuere clerici teneantur, vt philosophatur WIESTNER *cit. l. n. 29.* Nescio tamen, an vnius, alteriusue inopia toti ordini opprobrium adferat. Senatorius ordo et consiliariorum est satis honestus, immo amplissimus. Ponamus, competere senatoribus et consiliariis hoc beneficium, quod nonnulli docent; an ergo ei renunciare possunt? Facilius hoc indulgebunt, et quidem recte, cum vnius, alteriusue senatoris, consiliarii, aut Doctoris inopiae tali ordini nullum praeiudicium inferat. Militibus sane renunciatio haec cum effectu iuris non denegatur,

sionis ? quod itidem arbitror, cum nulla obstet ratio, quo minus se ad carceres obligare queant, prout obligatio obstagii et cambialis liquide docet *t*).

§. XIX. Hoc facile concesserim, renunciationem talem debere esse expressam: neque enim illa inducitur ex solo *iuramento*, quod debito a clericis adiectum est, cum etiam hoc intelligatur sub clausula, rebus sic stantibus u), et proinde falsa et erronea sit doctrina, iuramentum habere effectum *renunciationis* omnium beneficiorum x). *Renunciatio non colligitur ex iuramento.*

§. XX.

negatur, *arg. l. penult. C. de pact.* et cum alias iura militum clericis adoptent, cur hanc potestatem illis denegabunt? Forsan ideo, quod tantum in *fauorabilibus* milites sint, non in odiosis. Sed hanc responsionem solidior non fert iurisprudentia. Enimuero non probo duritiem creditorum, si renunciationi huic rigide insistant; qui potius omnibus modis inducendi sunt, ne iure suo vtantur: Interim si ad misericordiam, cui leges non sunt scriptae, flecti nequeant, sententia secundum pacta conuenta omnino ferenda erit.

t) Non defuere, qui existimarunt, cessionis beneficio nullo modo renunciari posse, quos satis modo refellit STRYK. *in cautel. contr. Sect. II. c. 7. §. 30.* Interim quod speciatim ministros ecclesiae concernit, distinguo inter *iudicis* et *Principis* officium. *Ille* secundum pacta et conuenta iudicat, et quia nemo cogitur, vti beneficio cessionis, ideo eum, qui declarauit, se nolle vti hoc beneficio, condemnet ad carceres. *Princeps* autem, qui pacta subditorum etiam temperare potest, si inde ecclesiae adferri incommodum videt, huius renunciationis effectum suspendere non impeditur, cum omnia iura subditorum subordinata sint saluti publicae, ad quam primario princeps respicere debet.

u) Hoc satis innuit Pontifex in *cap. 25. X. de iureiur.* et recte adstruit CAROLVS de GRASSIS *cit. l n. 20.*

x) Plenissimus hac in doctrina est SERAPHINVS de SERAPHINO *de priuil. iuram.* et additionator eius BENCKENDORFF; sed quod negari nequit, vterque plenissime et saepissime errat. Speciatim *priuil. 56.* putant, iuramento, quod debito annexum est, tolli beneficium competentiae, *quod habeat vim specialis consensus et renunciationis*, quae ratio tamen id petit, quod est in principio. Qui iurat, non renunciat, et qui priuilegiis cessionis et competentiae vtitur, minime intendit, solutionem *Iurans non renunciat.* *Beneficio cessionis quousque renunciari queat?*

Quando benef. competentia cesset?

§. XX. Referuntur praeterea adhuc plures casus y), in quibus hoc beneficium clericis debitoribus interpretes denegant, dum simul docent, quam strictis hoc cancellis inclusum sit.

Est hoc beneficium personalissimum.

§. XXI. Quia vero in honorem ministerii hic honos clericis debetur, ne ob *debitum* facile incarcerari queant, et praeterea beneficium competentiae personalissimum sit; hinc per se

lutionem prorsus declinare, sed eam tantum tamdiu suspendere, donec ad meliorem fortunam peruenerit.

Nouem referuntur casus. y) Refert BARBOSA *ad cap. 3. X de solut.* nouendecim casus, in quibus partim beneficium *cessionis*, partim *competentiae* cessat, quae duo vbique confundit. Nonnullos iam in antecedentibus modo adduxi; reliquos ergo hic examinabo. Excludit itaque hoc beneficium (1) in debitore *pensionis*, quam ex *beneficio* alti debet. Equidem GRATIANVS *cap. 222. n. 13* in diuersam abit sententiam, sed sine ratione, quia pensiones afficiunt ipsum beneficium, et praecise ex eo solui debent, fauoremque alimentorum pro se habent. (2) Si creditor clerico debitore pauperior existit, quod itidem admitto, quia in genere in tali casu beneficium competentiae cessat. (3) Si clericus coniugatus est: hunc enim indignum priuilegiis clericalibus censent, quod ad nostra fora applicari non posse, quilibet videt. (4) Quando clericus est de fuga suspectus, quod etiam admittit HARTMANNVS HARTMANNI *lib. II. obs. pract. t. 2. obs. 4.* Hoc vero tantum eo pertinet, vt possit incarcerari ad impediendam eius fugam, non vero, vt eo ipso amittat beneficium *cessionis* vel *competentiae*. Sed tam late extendunt dispositionem *dict. cap.* vt omnem incarcerationem eo ipso prohibitam esse, credant, quod tamen vix inde euinci potest. (5) Si clericus negauit debitum, in poenam scil. mendacii, quia indignus est beneficio, qui negat beneficii fundamentum. (6) Si post condemnationem suscepit terminum, h. e. certo tempore soluere promisit, quia hoc modo competentiae beneficio renunciasse censetur. Sed cum plerique interpretes renunciationem non admittant, vix est, vt hanc quoque limitationem approbari possint: accedit, quod renunciatio, quia non praesumitur, sed expresse fieri debeat, inde vix colligi queat. (7) Si clericus heres sit debitoris, nec confecit inuentarium, quod praesumtio contra eum militet; verum hodie sine difficultate ad iuratam specificationem admittendus erit. (8) Si actione reali conuenitur. (9) Si bona aliena, tanquam tutor vel gestor, administrauit etc.

se inde fluit: (1) vxorem, viduam, aut liberos Pastorum beneficio competentiæ non gaudere: (2) incarcerari quoque illos posse, nisi iure communi beneficio cessionis gaudeant z).

Quid iuris, si clerici se nomine ecclesia obligauerint?

§. XXII. Denique multum quoque refert, vtrum clerici nomine proprio, an vero intuitu functionis ecclesiasticæ contraxerint? Priori casu eis gaudent priuilegiis, de quibus hactenus actum est. Posteriori autem non *se*, sed *ecclesiam* obligare voluerunt, quo casu non primario ad beneficia, quibus clerici,

Quæ personæ fore clericorum priuilegiato gaudeant?

z) Priuilegio *fori* enumeratæ personæ quidem gaudent. Quod inter alios statuit Braunschweigis. Kirch-Ordnung *de ann. 1709. art. 14. §. 2.* In den übrigen sollen die Prediger, deren Frauen und Kinder, von denen weltlichen Gerichtbarkeiten, gäntzlich eximiret seyn, dieselben auch insonderheit für ihre Personen, wie auch die Küster und Schul-Diener, auf keine Land- und Forst-Gerichte citiret, sondern, wenn dieselbe womit erweislich beschuldiget würden, solche Beschuldigung von denen Beamten und Superintendenten coniunctim untersuchet, die Strafe nach der Land-Ordnung dictiret, selbige aber der Kirchen zugewendet werden soll. Add. supra *c. II. §. 17. lit. k) in not.* Ita etiam priuilegia fori, aliaque, quæ non sunt personalissima, a Dd. familiæ clericorum indulta fuere. vid. SCHILTER. *instit. iur. canon. lib. 1. tit. 18. §. 8. ibique in not.* Sed recte asserit LVDOVICI *in prec. Consistor. Cap. V. §. 4.* illud in genere admittendum non esse. Idem quoque de heredibus clericorum suo modo asseritur, vti IDEM *d. l. §. 6.* ostendit. Ast pudendum certe est, quod IAC. ANTON. MARTA *in tr. de iurisd. pag. 4. cent. 1. cas. 44.* asserit, priuilegium fori nimirum ad clericorum *concubinas* quoque extendendum esse. Sed hæc omnia ex ea ratione facta et prorogata sunt, quia fori priuilegium mixtum est. Sic etiam alia priuilegia communicantur vxoribus et liberis, obseruante HERTIO *de transit. priuil. personal. ad alios §. 15. et 19.* ast non *personalissima*, quibus annumeratur beneficium competentiæ. HERTIVS *cit. l. §. vlt.* LAVTERB. *de benef. compet. §. 7.*

Eisdem tamen non competit benef. competentiæ.

clerici, qua tales, gaudent, respiciendum, sed recurrendum ad iura singularia ecclesiis debitoribus indulta, quæ varia sunt zz), sed a meo scopo aliena.

Debitum in rem ecclesiæ versum esse debet.

zz) Huc pertinet, quod ob æs alienum bona ecclesiastica, immo vasa sacra vendi possint: *auth. hoc ius porrectum C. de SS. eccles.* quod vsuræ leuissimæ quadrantes tantum creditoribus indulgeantur, eisque contenti esse iubeantur: per *cit. auth.* quod creditor ante omnia ostendere debeat, debitum in ecclesiæ vtilitatem versum fuisse, per *cit. auth in f.* maxime si ad eius solutionem deueniri debeat ad alienationem rerum ecclesiasticarum. STRYK. *in vs. mod. tit. de reb. cred.* §. 37. Speciatim tamen in *ordin. Magdeb. polit.* c. 49. § 22. hac de re ita cautum est: Es sollen weder die pia loca, wie sie Namen haben, noch die Städte hinführo, ohne unsere oder unserer Magdeburgischen Regierung ausdrückliche Bewilligung, Geld auf Zinse zu entlehnen befugt seyn. Da aber solches, vor publication dieser Ordnung, geschehen wäre, soll sowol denen piis locis, als Städten, das beneficium *L. ciuitas ff. de reb. cred.* dergestalt zu statten kommen, daß die Zahlung ehe nicht wieder sie erkannt, noch vollstreckt werde, bis die Gläubiger zur Gnüge beybracht, daß das Anlehn in deret piorum locorum, oder der Städten scheinbaren Nutzen verwendet worden, ob auch gleich bey Stiftern das gantze Capitul, bey Clöstern die Aebte oder Pröbste und Conventualen, und bey den Städten die Viertels- und Gemeinheits-Meister in das Anlehn ihr Vollwort gegeben, zu dessen Beybringung denen Gläubigern die Raths- und andern Rechnungen zu ediren seyn, 1c. Reliqua iura, ecclesiis ære alieno obrutis competentia, lubens prætereo, qui clericis tantum, non vero ecclesiis ius dicere volui, aliis hanc spartam commendans.

EXERCITATIO

EXERCITATIO XLVI.

AD LIB. XII. TIT. I. PAND.

DE

LITERIS RESPIRATIONIS EARVMQVE VALIDITATE ET INVALIDITATE.

CAPVT I.

DE

ORIGINE LITERARVM RESPIRATIONIS EARVMQVE ÆQVITATE.

ARGVMENTVM.

§. I. Ratio significatus verborum eruendi. II. Significatus literarum. III. Vnde respirationis vocabulum? IV. Synonima respirationis literarum. V. De validitate et inualiditate VI. Occasio literarum respirationis. VII. Mos Atheniensium in oberatos creditores. VIII. Praxis hodierna nonnullis in locis. IX. Processus Romanorum post receptionem LL. XII. Tabb. Explicatio huius legis a Corn. van Bynckershoeck. X. Iniustitia Romanorum quod indistincte omnibus hanc

pœnam

pœnam instigauerint. XI. Senecæ apologia. XII. Romanorum consuetudo humanior. XIII. Origo beneficii cessionis bonorum. XIV. Beneficia, fortuna obæratis, competentia, quibus omnibus præferendum beneficium moratorii. XV. Origo literarum respirationis. XVI. Quibus ex caussis praxis earundem inualuit? XVII. De æquitate et iustitia literarum respirationis. Rationes dubitandi. XVIII. Rationes decidendi.

§. I.

Rationes, quare significatio verborum hic tractatur?

Quamuis iurisprudentia etiam modice imbutis facile constare possit, quodnam iuris argumentum sit, de quo in præsenti acturi simus, nec rubri verba obscura videri possint; nihilominus tamen operæ pretium, de *significatione verborum* quædam præmittere, fore ducimus, cum ob morem receptum, tum ob præstantiam materiæ, quæ in nostro iuris corpore adeo rara est, vt etiam ANT. FABRI iudicio *de error. pragmat. dec. XXV. err. 3.* nullus in toto iure textus occurrere dicatur, quo quis vsum *respirationis literarum* solide possit probare, cui tamen vix adstipulari possumus.

Quid sunt literæ, earundemque varia significatio.

§. II. Vt igitur propositum eo clarius innotescat, paucis literarum varius euoluendus significatus. Denotant autem (I.) literæ grammatice sumtæ *elementa*, quæ si coniunguntur debito modo, faciunt *syllabam*, pluresque syllabæ *verbum*. Dicebantur Romanis literæ ad distinctionem *notarum* Græcis σημεῖα dictarum, quibus vtebantur notis, si celeritatem loquentis assequi non valerent literis, v. g. qui acta Præsidum scribebant *l. 33. D. ex quib. cauf. maior.* ibique GOTHOFRED. quibus notis

notis testamenta militum conscribi poterant. *l. 40. D. de testam. milit.* et olim parentum inter liberos, quod sustulit IVSTINIANVS in *nou. 107. præf.* conf. M. VALER. PROBVS *de not. Roman.* SERTOR. VRSAT. *de not. Roman.* (II.) Per literas quoque intelligitur epistola, *literis loquimur cum absente*, ait CIC. *lib. 7. ad Attic. ep. 19.* Hoc sensu ICtis sæpius sumuntur, quales sunt literæ *rogatoriæ seu requisitoriales* Bitt- oder Ersuchungs-Schreiben, v. c. quibus iudex sententiæ requirit iudicem, sub cuius iurisdictione condemnatus bona habet, vt in quod victum condemnauit, illud victori tribuere velit. BESOLD. *thes. pract. verb.* Bitt-Schreiben. Sunt etiam literæ *arrestatoriæ*, quibus iudex fori deprehensionis adiri solet, vt delinquentis persona detineatur atque iudici petenti transmittatur, Germ. Steck-Briefe, et quia remissio delinquentis non necessitatis hodie est, sed vrbanitatis, loco cautionis dantur *reuersales*, quibus cauetur, quod remissio remittentis iurisdictioni præiudicare non debeat, quodque in casu simili idem facturus sit is, qui remissionem vrget. Eiusmodi *reuersales*, dantur etiam magistratibus, per quorum iurisdictionem delinquens transit, vid. LVDOVICI *Doctr. Pand. de iud. §. 21.* Sumuntur porro pro qualibet *scriptura*, *vti l. 56. D. mandat. et l. 9. §. 1. D. de acquir. rer. dom.* Aliquando pro *pactis*. Nonnunquam idem denotant quod *documenta*, *instrumenta*, *monumenta. l 55. D. de procurat.* Sunt et adhuc literæ *compulsoriales refutatoriæ dimissoriæ*, quæ in appellationis instantia occurrunt, et alia earum genera, quæ videri possunt in CALVINI *Lexico iuridic.* Sic et occurrunt literæ *cambiales*, *citatoriæ*. Denique sæpe *priuilegia* denotant seu *rescripta gratiosa* principis, quo significatu etiam *epistola* dici solent. *l. 5. §. 1. de cens. l. 20. de manumiss. l. 87. §. f. de legat. 2.* Si a principe delinquenti remittitur poe-

na delicti, literæ *aggratiandi* conceduntur. Et in hoc sensu nobis hic *literæ* veniunt; denotant enim *priuilegium* vel *rescriptum principis gratiosum*. vid. FREVNDEBERG *de rescript. morat. concl.* 3.

Deriuatio respirationis, eiusque homonymia.

§. III. Literæ vero in nostro themate dicuntur cum addito *respirationis*, quæ vox descendit a *spirare*, vnde compositum *respirare*, quod idem est ac *spiritum recipere*, vt *respirare a metu.* CIC. *pro Cluent. cap.* 65. Respiratio etiam sumitur pro *mora et interuallo*, vti etiam a CICERONE in significatu hoc vsurpatur scribente: *Interualla, moræ, respirationesque delectant in oratione de orat. lib.* 1. *c.* 16. Pro *induciis* et *laxamento* quoque venire hanc vocem ostendit FREVNDEBERG. *concl.* 4. *n.* 6. quæ est magis propria nobis significatio.

Synonyma literarum respirationis.

§. IV. Dicuntur hæ literæ etiam *literæ induciales*, immo quoque *quinquennales induciæ*: quoniam ad *quinquennium* vel non vltra a Ddbus datæ in dubio censentur. CARPZ. *Asyl. debitor. c.* 4. *n.* 23. porro *literæ dilatoriæ* aut *securitatis*, FREVNDEBERG. *dict. loc.* *Quinquennii dilatio in l. fin C qui bon. ced. poss.* Dilatio *moratoria*, CARPZ. *dict. loc.* quia morantur et retardant exactionem. *Literæ salui conductus* dicuntur a MENOCH. *de arbit. iudic. quæst. c.* 203. *n.* 14. Græci eas ὑπερημερίαν appellant, quod et de aliquot dierum iustitio accipi potest. HERING. *de fideiuss. V.* 145. Gallis vocantur *Quinquenell*, *lettres de respit*, nec non *lettres de souffrance.* GOTHOFR. *ad d. l. quoties.* Germanico idiomate exprimuntur *Quinquenell*, Anstands-Brieff, Eisern-Brieff, unde et Saxonibus eiusmodi literas impetrare dicitur Eysern werden HERING. *de fideiuss. c. V. n* 103.

Quid hic significat validitas, et inualiditas.

§. V. Denique rubrum harum literarum *validitatem* et *inualiditatem* sistit; *valere* autem hic idem est ac vires vel effectum

fectum habere, prout fumitur in claufula condicillari *l. 3. D. de testam. milit. testatorem velle hoc etiam vice codicillorum valere*, quo etiam fenfu *in L. vniuerfa C. de prec. imper. offer.* occurrit, quod fc. refcripta moratoria non *valeant*, nifi fideiusfio idonea praebeatur.

§. VI. Poftquam fignificationem verborum vidimus, originem literarum *respirationis*, et quicquid anfam iisdem dederit, examinaturi fumus. Hanc conftituo tum in mifericordia erga afflictos exercenda beneficio principis, tum in calamitofa conditione, quæ olim fuit debitorum obæratorum; quoniam enim nimis duriuscule cum iis procedebatur, gentes deinde moratiores factæ ab eiusmodi fæuitia abhorruerunt, et ad abolendam creditorum legumque duritiem ac immanitatem quædam remedia fucceffu temporis ab imperatoribus funt introducta, quibus miferæ debitorum conditioni confuleretur. Videlicet olim ita procedebant cum obæratis debitoribus, vt fuis creditoribus addicerentur, et inftar feruorum operas eis cogerentur præftare, vsque dum iis pleniffime fatisfactum effet, quod FREVNDEB. *concl. 1. n. 5.* probat ex verbis allegati QVINTILIANI: *est magna fubtilitas, cum quæritur, an addictus, quem lex feruire iubet, donec foluerit, feruus fit?*

Quanam fuit occafio, quod litera refpirationis introducta fuerint.

§. VII. Athenienfibus etiam non iniuftum videbatur, fuos debitores depauperatos inftar feruorum habere, aut pro lubitu vendere, quinimo multi vendebant fuos liberos, vt creditoribus fatisfacere poffent, quod vel parabola Chrifti docet, *Matth. 18. v. 25.* quamuis SOLON abrogauerit hancce inhumanam confuetudinem, vid. PLVTARCH. *vit. p. 85.*

Quid moris fuit Athenienf. in obaratos debitores.

§. VIII. Hæc iuris antiqui feueritas multis in locis reuocata et quafi refufcitata etiam nunc viget. In Hifpania enim

Quanam obferuantia hodie nonnullis in locis.

nim debitores non soluentes tenentur lege regni creditoribus arbitrio iudicis, donec iis satisfactum sit, seruire. In Russia debitores a creditoribus suis baculis sat percussi iisdem seruire tenentur. PVFFEND. *I. N. et G. lib. 3. c. 7. §. 3. fin.* Saxonico iure dispositum est, vt debitor non soluendo existens *ad manus* creditori tradatur, qui eum in compedibus et vinculis inclusum tenet eiusdemque seruitiis tamdiu vtitur, donec operis suis aut alia ratione integrum debitum soluat, quod olim vbique in Saxonia, iam vero extra Electoratus prouincias vsu adhuc seruari docet CARPZ. *P. 2. Const. 22. def. 1.* Quibusdam in locis carceres publici die Schuld-Thürme, vti Francofurti, Pragæ, Norimbergæ, sed ad infringendam saltem imposturam, quam leuioris farinæ homines ac decoctores admittunt, referente FREVNDEB., exstructi sunt. Sic et iure Lubecensi condemnatus debitor modica data dilatione, si soluere non potest, fideiussoribus cauere aut incarcerari debet. *Ius Lub. art. 1. tit. 1. lib. 3.*

Processus Romanorum cum suis debitoribus post recept. LL. XII. Tabb.

§. IX. Contemplauimus in hactenus deductis gentium mores, secundum quos debitores per arrestum aut operas vel seruitutem suis creditoribus satisfacere obligati fuerunt et adhuc obligantur. Multo deterior conditio debitoribus Romanis imminuisse videtur, ex sententia plerorumque post receptionem LL. XII. Tabb. *Tab. III.* enim ita dispositum deprehenditur: si debitum quis confessus ac iure condemnatus erat, 30. dies debitori ad quærendam pecuniam indulgebantur, quo durante spatio quis iure cum eo agere non poterat; de suo debitor, si habebat, vnde se exhiberet, viuebat, si non, creditor singulas farris libras in singulos dies ei dare debebat. Si nec tunc solueret, neque interea quis eum in iure defenderet, in carcerem debitorem abducere, illumque, vel neruo vel com-

compedibus vinciendi creditori ius erat, nisi pactus fuisset cum creditore: tandem eidem addicebatur et 60. dies in vinculis habebatur, trinis nundinis in comitium perductus in quantam pecuniam iudicatus prædicandum erat, eam forte ob caussam, si quis familiaritate aut misericordia ductus pro eo soluere vellet, non minus etiam ideo, vt constaret, condemnato secundum leges non fieri iniuriam nec a creditore nec a iudice, vt putat ROSIN. *antiquitat. Roman. lib. 8. c. 6.* tertiis nundinis capitis pœnas dabat et ex doctrina communi vltimo supplicio afficiebatur, sique plures creditores aderant, corpus rei secandum erat. ROSIN. *iam alleg. loc.* THOMASIVS *næv. iurispr. anteiust. obs. 4. §. 7.* COLER. *Process. execut. P. I. c. 6. n. 128. Legem* ipsam decemviralem recitat GELLIVS *lib. XX. noct. attic. c.* I. eundemque sensum, iam adductum, eidem tribuit. Liberauit tamen ab hac barbarie hanc legem CORNELIVS VON BYNKERSHOEK *lib. I. obseru. iur. rom. c. I.* ostenditque capitis pœnas dare idem esse ac teneri in vsuras pecuniæ seu sortis per moram non solutæ; *sectionem* vero denotare *auctionem* et *subhastationem*, vt sensus sit, debitorem si pluribus addictus est, *in partes secari*, h. e. illum ipsum vendi et pretium inuicem diuidi posse, quem morem magis obseruasse Romanos palam est.

Explicatio huius Legis a Cornel. de Bynkershoek.

§. X. Interim nec ab omni rigore hæc lex hoc modo explicata aliena fuisse videtur, præsertim quod indistincte hanc *sectionem* omnibus debitoribus imponat, nulla habita ratione, an fuerint bonæ an malæ fidei administratores, vtrum sua culpa an temporum aut fortunæ iniuria impossibilitas soluendi iis attracta? quæ circumstantiæ in constringendis debitoribus merito obseruanda fuissent.

Iniustitia Romanor. quod indistincte hanc pœnam omnibus instigauerint.

Seneca apologia.

§. XI. Et quicquid etiam in legislatoris fauorem proferat sapientissimus *Seneca*, hancce tamen maculam, vti credidit, non absterget verbis seqq. *Quid tu tam imprudentes iudicas maiores nostros fuisse, vt non intelligerent iniquissimum esse eodem loco haberi eum, qui pecuniam, quam a creditore acceperit, libidine et alea absumpsit, et eum, qui incendio et latrocinio aut aliquo casu tristiori aliena cum suis perdidit; nullam excusationem receperunt, vt homines scirent, fidem vtique praestandam: Satius enim erat a paucis etiam iustam excusationem non accipi, quam ab omnibus aliquam tentari, de Benefic. lib. VII. c. 16. Finem*, quo hic maiores suos excusare studet *Seneca*, laudandum, sed remedia, quae ad finem obtinendum impenderunt, reprobanda esse quisque videt.

Romanorum consuetudo humanior.

§. XII. In humaniorem sensum tandem inclinauit iuris romani prudentia, voluitque, vt qui bonis non poterant, operarum praestatione soluerent, immo, cum etiam populo Rom. inciuile visum fuit, in libera ciuitate seruitutem aliquam pro debitis pecuniariis imponere; res eo redacta, vt pecuniae creditae causa bona debitoris tenerentur, corpus minime necteretur. LIV. *lib. 8.*

Benefic. cessionis bonorum, quando introductum.

§. XIII. Lege Iulia denique, quam SCHILTERVS Augusto, alii vero probabilius IVLIO CAESARI tribuunt, beneficium *cessionis bonorum*, quod alias flebile beneficium audit, introductum est, quo debitor infortunio bonis lapsus ab omni poena, vt et ab infamia, quia bona vendenda per cessionem eius esse desiderant, immunis erat. BEIER *posit. D. tit. de cess. bonorum.* Et licet postea debitores saepius iterum coacti fuerint seruitia subire; DIOCLETIANI et MAXIMILIANI constitutione tamen cautum est, ne liber homo seruiret ob aes alienum, *L. 12. C. de obligat.*

ligat. et action. et beneficium cessionis quasi resuscitatum ac de nouo stabilitum est, *L. 4. C. qui bon. ced. poss.* quod et hodie debitoribus competit infelicibus.

§. XIV. Quoniam autem per hocce flebile beneficium bonis cedendo, nil iis relinquitur, quo ad meliorem fortunam eniti possint debitores, aliud iis remedium concedi solet, quod sunt *literæ respirationis*, quæ duo remedia singula instar herbæ betonicæ debitoribus existunt. Sunt adhuc plura beneficia, quibus subleuari possunt, vt *beneficium competentiæ*, quod quibusdam personis in iure concessum, *particularis solutionis*, *dationis in solutum*, aliaque de quibus videri potest MEVIVS in *leuam. inop. debitor.* quæ tamen in præsenti tractare animus non est, cum pro nostræ dissertationis materia saltem elegimus beneficium *rescripti moratorii* aut *literarum respirationis*. Et hocce beneficium omnibus iam adductis ideo præferendum est, quod hic 1) quamuis cætera semper etiam aliquid leuaminis afferant, longius tempus superfit debitori ex ære alieno emergendi atque de solutione deliberandi, et 2) quoniam per hoc beneficium non omni facultate debitor exuitur nec ad bona iterum recuperanda et augendam rem familiarem inhabilis redditur.

Quaenam alias beneficia fortuna obaratis competunt et quodnam praeferendum?

Praeferendum est hisce beneficium moratorii.

Ratio prima.

Secunda.

§. XV. Huius beneficii origo vtplurimum repetitur e seculo quarto, quod ex constitutione GRATIANI et VALENTINIANI anno 382. lata ortum traxisse videatur, vt indicat *L. vniuers. 4. C. de prec. Imper. offer.* Equidem plures *in L. 2. C. eod.* quæ est CONSTANTINI, morem hæc rescripta dandi quærunt, adeo vt iudice GOTHOFREDO *in comm. ad L. 3. C. Theod. eod.* hæc constitutio hodie fundus et fundamentum tractatus *de literis moratoriis* esse dicatur, quod tamen frustra in ea quæritur, vt optime

Origo literarum respirationis.

optime ostendit GOTHOFRED. *cit. l.* Etenim *praescriptio moratoria* nil aliud denotat ibidem, quam *dilatoriam exceptionem* aliamque *frustrationem* rescripto principis debitoribus in lite versantibus permissam, contra quam supplicare permissum est. Sic etiam nec *cit. l. vniuersa*, prout anno 382. lata est, rescriptis moratoriis in genere fauet, cuius genuinam conceptionem deprehendimus *in l. 6. C. Theod. de diu. rescript.* Eam vero admodum transformauit IVSTINIANVS, vt sub hac metamorphosi magis ad tempora IVSTINIANI referenda sit praxis dandi rescripta moratoria.

Praxis earundem quomodo inualuit

§. XVI. Multum ad frequentiorem praxin harum literarum attulerunt commentarii interpretum, qui sedem primariam in *cit. l. 4.* quaesiuerunt. Et cum ex horum doctrina ius Romanum in praxi receptum sit, coeperunt etiam in nostris foris insignem vsum habere. Imprimis vero frequentari coeperunt *literae respirationis* post bellum tricennale, quo finito, incolae plurimi in vniuerso imperio attenuati bonisque plane orbati erant, vt induciis ad soluendum quam maxime indigerent, easque vbique petere cogerentur. Quare, statibus imperii consentientibus, Imperator ad sistendas actiones contra debitores ob calamitates bellicas depauperatos iuxta *art. 8. I. P.* iudicii aulici et camerae imperialis vota exquisivit, ex quibus certa constitutio confecta et a statibus imperii approbata fuit, quam etiam fere vbique per totum imperium status obseruarunt. Generatim autem hac constitutione *in recess. imperii de Anno 1654. §. 172.* omnibus debitoribus indultum moratorium ad triennium concessum est: Daß von denen *creditoribus* die sonsten auf kündliche *capitalia* vor 3. Jahren *a dato* dieses Reichs-Abschiedes nicht aufgekündiget werden sollen. Qua constitutione id effectum, vt in aliis similibus casibus non tantum generaliter

neraliter sed etiam specialiter huiusmodi literæ concedi soleant.

§. XVII. Ne autem per beneficium *moratorii indulti* ius iniquum introductum esse quis sentiat, cum in præiudicium creditorum vergere videatur; agite videamus; num iure propitio principes has literas dare possint? Equidem non possumus diffiteri, quod per concessionem *literarum respirationis* ius creditorum laedatur, cum minus soluere dicatur, qui tardius soluit, *L. 12. D. de V. S.* fides etiam vt basis commerciorum et fundamentum iustitiæ, vti CIC. illam vocat *lib. 1. off. c. 9.* infringatur. Quid vero magis continet rempublicam fide? quid magis conseruat genus humanum fide? quæ nulla esse potest, nisi necessario solutio rerum creditarum fiat, LIV. *lib. 8.* nihilque magis congruum dicitur fidei humanæ, quam ea, quæ partibus placuerunt seruare. *L. 1 D. de pact.* Denique ille impius prædicatur, qui non soluit, quod debet. *Psalm. 37.*

De æquitate et iustitia literarum respirationis. Rationes dubitandi.

§. XVIII. Nihilominus tamen huiusmodi *literæ respirationis* salua iustitia conceduntur, concurrentibus præcipue magna difficultate et solutionis faciendæ impossibilitate, teste BESOLD. *verb. Quinquenell. Thesaur. pract.* Tantum etiam abest, vt in concedendis indultis quædam iniquitas deprehendatur, vt multo magis summa esset iniquitas, debitori fortunæ procellis agitato non succurrere velle, omneque eidem denegare auxilium, et cum afflictis non addenda est afflictio, commiseratione magis quam pœna dignus est, nec ad impossibile quis iure naturæ tenetur, si res tempore contractus possibilis casu fortuito facta impossibilis, GROT. *lib. 3. cap 7. §. 3.* nisi ad id quod facere potest. Sic et lege naturæ homo homini non solum non nocere, sed etiam benefacere debet, quando

Rationes decidendi.

do indiget alterius auxilio, vt ſilentio inuoluam multa praecepta diuina, quibus miſericordia erga proximum imperatur. Vlterius ſi eleemoſynas quisque egenis dare obſtrictus eſt; multo magis quis tenetur, debitores egenos non omnino eo priuare, quod habent, ſed etiam, quod adhuc facilius concedi poteſt, quandam dilationem largiri. Intereſt etiam reipublicae, ne ſingula membra labantur, viresque ſingulatim debilitentur, cum in ſingulorum membrorum conſeruatione conſeruatio totius reipublicae conſiſtat. Denique nec graue praeiudicium ſentiunt creditores, cum *moratoriae* aut *reſpirationis* literae non auferant, ſed differant ſaltem iis ius ſuum, cum iuxta *L. ſi debitori D. de iudic. in mora modici temporis non vertatur magnum praeiudicium.* Ceterum quia regulae miſericordiae perfecte non obligant, princeps autem id, quod *humanitas* ſuadet et *miſericordia* iubet, lege vel reſcripto imperare poſſit, neceſſe fuit, per reſcriptum id impetrare, quod creditorum aſpera auaritia debitoribus denegat, cum principis ſapientis ſit, iuſtitiam ſemper ex *aequitate* ac humanitate temperare, et ius ſuum ita tribuere, ne delicatus debitor et oneroſus durusque creditor audiatur. *arg. l. 25. D. de pignor. act.* Denique princeps quoque ſtudere debet conſeruationi ſubditorum, qui creditorum acerbitate plusquam barbara facile ad incitas redigi poſſunt, ſi principale auxilium eis denegatur.

CAPVT

CAPVT II.

DE
LITERARVM RESPIRATIONIS VALIDITATE SIVE DE EARVM NATVRA ET REQVISITIS.

ARGVMENTVM.

§. I. Connexio. II. Definitio literarum respirationis. An magistratui subalterno competat inducias dare? Et quasnam? III. Quibus competat facultas dandi literas respirationis. IV. Fabri et Cuiacii sententia, de legitime dandis literis respirationis. V. Quomodo a creditoribus induciæ morat: dentur? Quatenus a maiori parte in ceterorum præiudicium concedi possunt. VI. Quotuplices sint literæ respirationis. VII. De differentia inter quinquennales et annales. VIII. Num sæpius vna vice dari possint? IX. Quibus indulgendæ literæ respirationis. X. Num præter debitorem principalem aliis prosint. Primus Casus, num heredibus? XI. Secundus Casus, num eius fideiussoribus? XII. Num debitori illius, iure retorsionis? XIII. Cautio, an necessario præstanda et quænam locum habeat? XIV. An iuratoria sufficiat? XV. An princeps cautionem, a creditoribus non petitam, exigere teneatur? XVI. Quid iuris circa vsuras? XVII. Finis literarum respirationis, effectus earundem. XVIII. Quando opponenda exceptio literarum exspirationis? XIX. An finitis literis respirationis adhuc locus sit cessioni bonorum?

§. I.

Connexio cap. praecedentis cum praesenti.

Aequitate *literarum respirationis* perlustrata praemitto, ante omnia cauendum esse, ne nimium fauendo debitori cuicunque, creditoribus magnum praeiudicium inferatur; non enim in alicuius iniuriam beneficia tribui oportet, *l. 4. C. de emancip. liber.* et succurrendum est afflictis, ne ius aliis adimatur. *l. 7. C. de prec. imp. offer.* Quare non adeo facile indulgendae sunt, nisi prius de *conditione debitoris* et de *requisitis*, quae ad concessionem indulti pertinent, constet, h. e. non nisi magna ex causa, vt communis Ddrum vox clamat. GAIL. *2. obs. 46. n. 14.* WEHN. *obseru. pract. verb.* Anstand ꝛc.

Definitio literarum respirationis.

§. II. Vt autem haec accurate ponderare possimus, tradenda prius harum literarum definitio. Sunt videlicet *beneficium debitoribus non sua culpa, sed fortunae vitio oberatis superioris rescripto concessum, ne intra spatium determinatum quid ab iis petatur.* Cum ergo sint *dispensatio a lege*, quae debitoribus promptam solutionem tempore conuentionis elapso iniungit, et priuilegiorum numero veniant, sequitur, vt subalternus magistratus eiusmodi literas dare non valeat, licet omnia requisita circa earum concessionem in promptu sint, quamuis illam dilationem dare possit, quae in ordinationibus processus praescripta est, quod et probat *l. 45. §. 10. D. de iur. fisci*, vbi debitoribus fisci in maioribus summis trium mensium, in minoribus duorum saltem dilationem concedere licet, prolixioris autem temporis spatium ab imperatore aut principe in proprio territorio postulandum est. Quod si circa moratoria, aut de *mente* eorundem dubium oritur, magistratus de iis cognoscere quidem potest, consultius tamen est, vt a superiori, qui dedit, interpretatio petatur. *l. 43. de vulg et pupill.*

Num competat magistratui subalterno dare inducias? et quainam?

pill. subſtit. l. 191. de R. I. GAIL. *obſeruat. pract. l. 1. obſeru. 1. n. 13.* STRYK. *de interpret. priuil.*

§. III. Per *ſuperiorem* hoc loco intelligitur, qui ſuperiorem non agnoſcit, aut qui ſaltem iura imperii habet. ZIEGL. *de iur. mai. l. 1. c. 48. n. 6.* Quare extra omne dubium ſtatus imperii, quilibet vero in ſuo tantum territorio, poſſunt impertire indulta. Quod imperatori eorundem conceſſio competat per totum imperium, ex *§. 175. receſſ. imp. nouiſſimi* Dd. probare ſolent; quoniam enim in eo ob bellicas calamitates lapſis debitoribus, per modum *conuentionis* ſtatus imperii ſaluberrime proſpexerunt, imperatorisque facultatem dandi inducias moratorias iſtiusmodi debitoribus reſtrinxerunt, inde inferunt, Cæſarem *regulariter* bonis lapſis libere ea concedere poſſe. Quin immo a plurimis hæcce poteſtas inter *reſeruata imperatoris* refertur, hac tamen cum reſtrictione, ne in præiudicium ſtatuum indulta vergant, ſed ſint innoxia, nec ſuperioritatem offendant territorialem, cuius naturæ omnia priuilegia eſſe debent, quæ imperator ſubditis ſtatuum concedit. vid. TEXTOR *in iur. publ. Cæſ. tit. 12. n. 604. ſq.* TITIVS tamen in *ſpecim. iur. Rom. Germ. l. 5. c. 3. §. 49.* cum BRVNNEM. inter *reſeruata* imperatoris *dubia* hocce ius ſublime refert, atque id reſeruatum, quoniam ſuperioritas territorialis eo offendi videtur, male aſſeri credit. *loc. cit. §. 71. 73.* Interim tamen imperatori hoc ius plane denegandum non eſt, quamuis *reſeruatum* commode dici nequeat, cum eodem iure principes etiam vtantur, nec ſoli Cæſari *reſeruatum* ſit, priuilegiis enim ſubiectos ordinum afficere imperator non prohibetur, ita tamen vt iuri ordinum nihil detrahatur. MONZAMB. *de ſtatu imper. Germ. c. V. §. 6.* Proinde vt omne præiudicium hic euitetur, Domino territorii, cuius ſubditus indultum impetrare

De cauſa efficiente ſeu quibus competat facultas dandi literas reſpirationis?

 intendit,

intendit, preces subditi merito sunt communicandæ, (vti etiam regulariter fieri solet,) vt cognoscat, an dignus sit hoc priuilegio, et exigenda relatio de conditione obærati, MEVIVS *leu. inop. debitor. c. 4. sect. 8. n. 6.* de qua rectius imperatore status, in cuius territorio degit, decernere potest. Hac cognitione neglecta, non aliter præsumendum, quam quod sub- et obreptitie impetratum moratorium ab imperatore fuerit; rescripta enim absque causæ cognitione elicita pro non interpositis habenda. CARPZ. *libr. 2. tit. 3. respons. 46.* Hoc posito, palam est, principem illius effectum in suo territorio propitio iure suspendere posse, donec, relatione facta, constiterit, vtrum imperator in eadem sententia subsistere velit?

Sententia Fabri et Cuiacii de legitime dandis respirat. literis.

§. IV. Ab hanc sententia paulisper recedit FABER, putans, indulta nisi, consentientibus creditoribus aut eorum maiore parte, a superiore iure concedi non posse, *error. pragm. error. 3. dec. 25. et Cod. Sabaud. libr. 1. tit. 9. def. 6. et 21.* quod ex peruersa hypothesi eidem cum CVIACIO communi collegit, nullum scilicet in toto iure textum esse, vnde probari possit vsus rescriptorum moratoriorum ex gratia imperatoris aut principis sola inuitis creditoribus concessorum, vt nequidem modici temporis dilatio a principe absque consensu creditorum concedi possit. Quod tamen adeo falsum est, vt etiam cuilibet, qui *l. 4. C. de prec. imper. offerend.* perspectam habet, dubium amplius superesse non possit, quodque ZIEGLER. *libr. 1 c. 48. n. 9. seqq.* et BERGERVS *diss. de his quæ circa præscript. morat. fals. trad. §. 6.* satis dilucide refutarunt.

Quomodo a creditoribus dentur inducia morat.

§. V. Concedi etiam literæ respirationis a creditoribus solent, id quod quoniam vi *pacti* fit, et quilibet iuri pro se introducto renunciare valet, *l. 51. C. de Episc. et Cleric.* nulli præiu-

Quatenus a maiori parte in praeiudicium ceterorum creditorum possint dari induciae?

præiudicium afferre poteſt. Hoc autem genus indultorum a maiori parte creditorum in reliquorum præiudicium concedi poſſe deducitur ex *l. fin. C. qui bon. ced. poſſ.* Valet hic a maiori ad minus argumentum, quoniam enim maior pars creditorum partem crediti debitori remittere poteſt in præiudicium minoris partis creditorum, multo magis dilationem ſolutionis dare poteſt, cum ei, cui maius licet, eum etiam minus licere oporteat. WEHNER. *obſeru. pract. verb.* Anſtands-Brieffe. Maior autem creditorum pars hic non numero ſed potius debiti quantitate diiudicatur, iuxta dict. *l. fin.* ita vt vnius creditoris voluntas, ſi intuitu reliquorum coniunctim ſumtorum maius debitum habet, omnibus præferatur; ſi vero æqualis eſt vtriusque partis ſumma aut quantitas, tunc numerus creditorum maior attenditur. Si æquales ſunt creditores numero et quantitate, tunc humaniorem ſententiam imperator præferri vult; eſt autem humanior eorum, qui pro moratoria conceſſione laborant. Hancque conceſſionem dilationis priuata creditorum auctoritate fieri poſſe, ad vnum omnes ſtatuunt doctores, vt tamen, quia multæ creditorum ſubeſſe poſſunt in aliorum præiudicium rationes dubitandi, cognitionem aut confirmationem magiſtratus non inique requiramus, a qua ſententia non abhorrent STRYCK. *in diſſ. de abuſu reſcript. morat. c. 2. §. 3.* et FREVND. *concluſ. 14. §. 5.* Verum huius generis indulta noſtrum propoſitum adeo non tangunt, quippe quod ſaltem ea, quæ ex *gratia principis* proueniunt, vti ex data definitione liquet, concernit, hinc ea mittamus et quotuplicia ſint, quæ a principe concedi ſolent, conſideremus.

§. VI.

De forma seu quotuplices sint literæ respirationis.

§. VI. Nimirum dantur hæc rescripta vel ad annum vel ad biennium, prout princeps pro ratione circumstantiarum tempus breuius aut longius concedit. Vltra quinque annos regulariter se non extendit eorundem concessio, adeo vt censeant, nequidem vlterius extendi posse, BESOLD. *thesaur. pract. lit. quinquenell.* FREVDEB. *cit. loc. concl. 48. n. 56.* aliique, qui principis potestatem ad quinquennium adstringere solent. Probant hoc ipsum ex *dict. l. fin. C. qui bon. ced. poss.* vt et ex *reformat. polit. de anno 1548.* quoniam vocis *quinquenell* ibi facta mentio. Contrariam vero sententiam amplexus est BERGERVS *dict. diss.* qui celeberrimum ICtum et beatæ memoriæ STRYCKIVM immerito taxat, cum tamen eius sententia nulla rationabilior esse possit, quando scribit in *dict. diss. c. 2. §. 15. circa fin. quinquennale tempus fere vbique frequentari nec principem absque graui causa quinquennii metam excedere, pro ratione autem circumstantiarum, quas arbitrio principis relinquit, ex iusta et grauissima causa principem longius tempus constituere posse.* Nihil iniqui hac in sententia deprehendere licuit, quia primo *tempus quinquennale* sat longum est debitori ad bona recuperanda, præsertim cum simul expresse neget, principis potestatem ita restringendam esse, vt pro re nata ac ex vrgentissimis causis induciarum tempus longius indulgere nequeat. Sunt etiam nonnulli, qui ad *decennium* vsque moratorium concedendi potestatem imperatori vindicare volunt, cuius sententiæ patronos vid. apud HERING. *de fideiuss. c. V. §. 135.* qui cum solido fundamento destituantur, dubitare potius quam decidere maluit.

Num sit differentia inter quinquennales et annales statuenda?

§. VII. Differentiam quoque quidam statuunt inter *quinquennales* et *annales* inducias, vt in *annalibus* hæcce requisita non accurate attendenda esse tradunt, censentque, sufficere, cum

cum minoris praeiudicii sint, quod ipse debitor iuret, se pro vrgente necessitate et sine fraude indultum quaesiuisse. BESOLD. *verb. Quinquenell.* FABER *libr. 1. tit. 9. def. 21. Cod.* SABAVD. *et error. pragm. error. 3. dec. 25.* Nulla autem hic ratio differentiae solida suppeditari potest, cum in *annali* idem praeiudicium metuendum, ac in *quinquennali*, quoniam tam tempore *vnius anni* debitor maleuolus quam *quinquennii* profugus fieri aut bona dissipare possit, vt consequenter ob idem imminens periculum cautio creditoribus alias praestanda, hic deneganda non videatur.

§. VIII. Quaestioni de termino quinquennali iam discussae non est absimilis alia, quam Doctores plerumque simul mouent, plurimique eorundem negant: *Num saepius vna vice literae respirationis eidem debitori concedendae?* Res ex sententia plurimorum eo redit, principi quidem liberum esse, semel datas reiterare, aut vlteriorem de nouo concedere dilationem, difficiliorem autem se praebere debere in reiteratione, nec facile nisi ob nouam vrgentissimam caussam nouam concedere dilationem, MEVIVS *leu. inop. debit. c. 4. Sect. 8. §. 18.* ne infinitis dilationibus morositati debitorum ianua aperiatur, neue inde magnum in creditores emanet praeiudicium. Si autem debitor dato rescripto moratorio non fuit vsus, et quibusdam soluit, citra protestationem et priuilegii sui reseruationem, eidem renunciasse praesumitur, BERGERVS *cit. dissert. §. 12.* MENOCH. *de arbitrar. iud. quaest. lib. 2. c. 203. n. 28.* *Num saepius vna vice concedi possint.*

§. IX. Literis hisce respirationis saltem egenis, iisque non indignis debitoribus succurrendum esse liquet ex caussa impulsiua, quae est ratio *miserationis*, quam decoctores pessimi *Quibus concedenda literae respirationis, caussa impulsiua.*

nii non merentur. Habita igitur prius ratione circumstantiarum, inquirendum (I.) an sit reuera pauper, et quantum sit æs alienum? Pauper hic censetur, qui, si a creditoribus adstringeretur, iis satisfaciendi facultatem non habet, aut secundum FABRI definitionem: *Quem angustia rei familiaris ad dictam diem soluere non patitur. error. 3. dec. 25.* Disquirendum præterea an opus habeant auxilio; neque enim hocce beneficio gaudent, qui calamitatem saltem simulant et tantum bonorum possident, quantum ad creditoribus satisfaciendum suamque vitam sustentandam, sufficit, HERING. *de fideiuss. c. 5. n. 103.* ZIEGL. *de iur. maiest. libr. 1. c. 48. §. 5.* de quo vt constet, specificationem iuratam facultatum suarum ante omnia edere iubentur. (II.) Requiritur, vt non sua culpa, sed potius temporum iniuria aut fortunæ aduersitate sit depauperatus debitor, quo naufragium, incendium, bellum, deuastationes, magnam sterilitatem et denique quicquid per fortunæ iniuriam aufert opes et soluendi media, iuste refert. MEVIVS *leu. inop. debitor. c. 4. Sect. 8. n. 7.* Si autem sua culpa aut luxuria quis soluendo non factus, sibi ipsi suam miseriam imputet, et damnum, quod sua culpa sentit, non sentire intelligitur. *l. 203 D. de R. I.* (III.) Spes etiam superesse debet, vt res amissas industria et labore suo recuperare et rem suam familiarem laceratam restaurare possit; quam ob rem huiusmodi literæ non prosunt decoctoribus, fraudulentis; *l. 37. D. de minor.* HERING. *de fideiuss. c. 5. n. 104.* HILLIG *in Donell. enucl. l. 22. c. 9.* beneficiis enim sunt indigni, quippe quæ succurrunt deceptis, non decipientibus. *l. 2. D. ad senatus cons. Vellei.* Inde eiusmodi fraudulenti debitores vel dolose sua bona decoquentes, vel pecunias et nomina occultantes omni iure *furibus* æquiparantur et raptoribus. Vid. CARPZ. *prax. crim. p. 3. quæst. 119. n. 39. seqq.* vbi præiudicia attulit, quod hisce, si præsumtio contra

eos

eos militat, quod res suas aut nomina celauerint, pro ratione circumstantiarum *territio* vel *iuramentum purgationis* iniungi queat. Debitor autem probare debet, se damnum fecisse aut non sua culpa bonis lapsum esse, cum in eo fundamentum priuilegii, quod quærit, positum sit, et ita ostendere debeat, sibi ex merito succurrendum esse, BESOLD. *thesaur. pract. in addit. ad verbum banquerottier*. Quare in *dicta ordinatione politica* sancitum, inducias moratorias non nisi hisce duobus concurrentibus requisitis concedendas esse, vt debitor magistratus testimonio doceat, se (1) facultatum suarum iacturam et (2) non sua culpa sed casu fortuito fecisse.

§. X. Prodest hoc beneficium regulariter *soli debitori*: videamus ergo: an aliis præter debitorem principalem impetratum ab eo indultum proficere possit? Primus casus, de quo dubitatur, est, quando defuncto impetratore et nondum finito indulto, heredes illius continuare desiderant indultum defuncti, an ergo gaudere possint beneficio defuncto concessio? Rationes affirmatiuæ sententiæ forsan inde desumuntur, quod is, qui succedit in locum defuncti, succedat etiam in illius iura, *l. 59. D. de R. I.* quodque hæres eius personam repræsentat. Quoniam vero hocce *priuilegium* saltem *personale* est, quodque inseparabiliter personæ cohæret, et cum illa extinguitur, *l. 86. ibid.* præterea etiam qui in alterius bona succedit, non de suo amittendo sed de alieno lucrifaciendo laborat, vt si soluere nolit debita defuncti, ab hereditate abstinere possit, prout ei suadet *beneficium inuentarii* de bonis hereditatis confecti, negatiuam potius amplectendam nec ad heredem extendendum esse hocce priuilegium quisque videt, nisi heredis expresse in eodem facta sit mentio, vt ad eum extendatur, COCH. *prax. forens. Germ. de except. moratoria.*

Num præter debitorem principalem quibusdam prodesse possint.

Primus casus, num heredibus prosint.

Secundus casus, num fideiussoribus illud?

§. XI. Secundus casus concernit *fideiussores*, qui an priuilegio debitoris frui possint? non immerito dubitatur. Sunt qui iis hocce priuilegium non competere volunt, vti cum aliis sentit BESOLD. *thesaur. pr. lit. quinquenell.* FINCKELTH. *de praescript. morat. thes. 17.* Contrariae sententiae sectatores sub literis respirationis debitoris principalis fideiussores etiam contineri censent, non autem iisdem ex rationibus probant. Nonnulli in *l. 19. de except.* praesidium quaerunt, vbi exceptiones, quae reo competunt, etiam fideiussori illius competere traditum est; quod tamen non satis tuto asserendum propter obstantiam *l. 7. eod. tit.* qua priuilegia et exceptiones, quae *personae* cohaerent, ad alios non transire clare dispositum. Alii ex aliis rationibus hocce priuilegium ad fideiussores extendere conantur. Tutius forsan fideiussor exceptione *excussionis* se tueri posset, et quoniam prius excuti non poterit, quam finitis induciis constet, num soluendo sit principalis debitor nec ne? per indirectum forsan scopum obtinebit. STRAVS. *diss. de contron. circ. induc. morat. §. 14.* COLER. *proc. execut. P. I. c. 4. n. 21.* nisi renunciauerit *auth. praesente. C. de fideiuss. et mandator.* quo facto, res redit ad ius vetus, quod creditori eligendi conueniendique fideiussorem potestatem concedebat, etiam pignoribus omissis. *l. 2. C. de fideiuss.* Verum illi obstat, quod haec exceptio cesset, si debitor conueniri nequit, vel si difficilis conuentionis est, quod reuera per rescriptum moratorium contingit. Sic itaque nec per *indirectum* nec *directo* hoc beneficium fideiussori proderit, cum ideo fideiussores assumantur, vt eo facilius creditor nomen exigere queat. Diuersum statuendum, si respiratio a creditoribus ipsis aut maiori eorum parte indulgetur, quo casu communis est sententia, quod et tunc fideiussoribus eadem prosit simpliciter; haec enim dilationem siue obligationem ex voluntate creditorum

con-

concernit. HERING. *de fideiuss. P.4. c.27. n.69.* MEVIVS *leu. inop. debitor. c.7. n.220.* Praeterea cum hic conuentio praesupponenda et a creditoribus ipsis indultum conceditur, qui solutionem ipsi suo consensu suspendunt, contra fideiussores ea durante experiri non possunt.

13 §. XII. Tertius casus concernit debitoris, qui literas respirationis accepit, debitorem, de quo quaeritur: an indultum debitoris solutionem a suo debitore vrgentis *iure retorsionis* huic prodesse possit? Regulariter dicendum, quod non; si enim hoc indistincte procederet, quod beneficium principis ratione miserationis inopi debitori concessum, ad eiusdem debitores fortassis multo locupletiores protraheretur, nihil ei prodesset, et effectu destitueretur indultum, quod eum in finem conceditur, vt debitor ad meliorem fortunam venire, atque eo promptius deinde suis creditoribus soluere possit, quod tamen si eius debitores contra ipsum retorquere possent, facere ei impossibile foret. Vt autem hic eo distinctius procedamus, videndum (1) an debitor retorquens debitoris indultum habentis sit simul creditor, vti MATTH. *de afflict. dec. 66.* casum singit, tunc quidem soluere non tenetur, attamen non iure *retorsionis*, sed exceptione *compensationis*, vti videbimus *§. 3. cap. seq.* debitum retinere potest. Aliter se res habet, si principem debitoris indulto muniti adeundo indultum subreptitie impetratum esse doceret atque cassationem illius peteret. Si autem sub alio principe degit, tunc auctoritate principis illius territorii retorqueri hoc ius facilius potest. vid. LVDOVICI *doctr. Pand. tit. quod quisque iur. in alter. stat.*

Num debitori illius iure retorsionis.

§. XIII. Inter requisita, quae circa concessionem literarum respirationis obseruanda sunt, non vltimum locum obtinet, vt *cautio* praestetur, quae in *L. 4. C. de prec. imper. off.* impetranti

Cautio num necessario praestanda et quanam locum habeat.

petranti necessario iniungitur, adeo vt aliter non valeant, quod onus satisdationis nec remitti posse a principe, ne rescriptum creditoribus fiat captiosum, volunt WVRMSER *obseru. 9. libr. 1. tit. 28.* BESOLD. *cit. loc.* FINCKELTH. *diss. de morat. præscript. thes. 12.* Cumque cautio fundamentum securitatis sit, creditoribus, hac omissa, nimium metuendum esset præiudicium, et debitor bona, quæ adhuc salua supersunt, medio tempore dissipare vel plane profugus fieri atque creditores suos fraudare posset. Ex quibus liquet, quam necessarium requisitum sit præstatio cautionis, quare et nonnulli literas respirationis admittunt præter ius concessas, dummodo idonee cautum sit de debitis finito moratorio soluendis. SALGADO *labyrint. credit. P. 2. c. 30. n. 6.* STRYCK. *cit. diss. c. 2. §. 11.* quam satisdationem idoneam dicta *l. 4.* requirit. Per hanc autem regulariter alia intelligi non potest, quam fideiussoria aut pignoratitia; HERING. *de fideiuss. c. V. §. 92.* Vix autem casus existet, quo hæc præstari queat, quoniam si pignora sufficientia haberet debitor, omnino soluendo esset, sicque non opus indulto, nec id concedendum foret. MEVIVS *P. 2. dec. 371. n. 2. 3.* Fideiussoria autem nec locum facile obtinebit hoc casu, cum fideiubere pro aliquo sit beneficium magnæ charitatis et amicitiæ, quæ tempore angustiarum rara inuenitur, iuxta vulgatum OVIDII:

Donec eris felix, multos numerabis amicos,
Tempora si fuerint nubila, solus eris.

An iuratoria in subsidium sufficiat? Et quando sit præstanda.

§. XIV. Hac de causa quæritur: *an in subsidium cautio iuratoria admittenda?* Hæc quidem a plerisque pro insufficienti reputatur, interim, ne debitor afflictus ad impossibilia obligetur, aut hoc beneficio plane priuetur, iuratoriam cautionem, quæ in locum *fideiussoriæ* et *pignoratitiæ* succedit, sufficere

ficere vult HAHN. ad WESENB. *tit. qui satisd. cog. n. 10.* cum quoties cautio exigitur, talis peti videtur, qualis a debitore praestari potest. WESENB. *in paratit. ibidem.* Vt autem quoad *iuratoriam* caute procedatur, ante omnia requiritur, vt iurans (1) sit integritate conspicuus, probae existimationis, atque de fuga non suspectus: (2) vt iuret se credere se fideiussores inuenire non posse, GAIL. *1. obs. 148. n. 6,* STRAVS. *diss. de induc. morat. §. fin.*

§. XV. Denique cautio a creditoribus petita esse debet, vt volunt HERING. *de fideiuss. c. V. n. 133.* GAIL. *libr. 2. obs. 46. n. 14.* quod concedendum, si citatio creditorum facta, qui si tacuerint, nec eam desiderauerint, videntur eam debitori remisisse; alioquin semper cautionem adhuc petere, et praeiudicium, quod inde iis forsan eueniret, auertere hoc modo possunt, quam citationem in quinquennalibus semper requirit ANT. FABER. *Cod.* SABAVD. *l. 1. tit. 9. def. 21.* Equidem fideiussionem in desuetudinem abiisse, ex *dicta ordinat. politic.* quippe quae nullam *fideiussionis* facit mentionem, probare contendunt. vid. HILLIGER ad DONELL. *libr. 22. c. 9. lit. n.* Sed quod specialis mentio illius in *ordinat.* non facta fuerit, haud arguit, eam plane sublatam esse; quandoquidem adhuc in eadem laudabiliter prouisum est, quod iure communi agendum sit cum debitoribus, quod indicant verba: Und den gemeinen Rechten nach mit ihnen gehandelt werden.

An princeps, si cautio a creditoribus non petita sit, eam exigere teneatur?

§. XVI. Cum etiam non leues inter doctores, qui de hac materia scripserunt, oriantur disceptationes ratione *vsurarum*, de his etiam videndum. Non desunt, qui debitorem a praestatione vsurarum durante indulto currentium plane liberare student, cuius sententiae inueniuntur patroni WEHNER. *obseru. pract. loc. saepius cit.* CARPZ. *Asyl. debitor. c. 1. Sect. 8. n. 38. seqq.*

Quid iuris circa vsuras.

feqq. et VITRIAR. *Inſtit. iur. publ. libr. 3. tit. 2. §. 32.* Eorum tamen argumenta ex iuris ciu. LLbus petita incongruam applicationem hic inuenire ſat docte probauerunt STRYK. *§. 16.* vt et imprimis BERGER. *alleg.* ſæpius *diſſ. §. 18. - 21.* qui LL. quas hic pro ſtabilienda ſua opinione diſſentientes afferunt, ſigillatim explicat, et rationum differentias optime demonſtrat, vt hoc labore, ne crambem ſemel coctam recoquamus, in præſenti ſuperſedere poſſimus. Rationes, quibus ſub æquitatis tegmine vſurarum præſtationem in dubium vocant, quod ſcilicet alias afflictis adderetur afflictio: quod eo minus facultates debitoris ad exſoluenda debita finitis literis reſpirationis ſuffecturæ eſſent, nullumque iis beneficium concederetur, ſi interim vſuræ excreſcerent, et in dubio quod pro libertate reſpondendum ſit, aliæque huius generis rationes non ſunt tanti, vt dubium vllum nobis iniicere poſſint. Satis pro ſingulari beneficio reputandum, quod intra aliquod annorum ſpatium debitor ſecurus reddatur a rigore creditorum, nec ſortem nec vſuras interea temporis ſoluere teneatur. Accedit, quod nemo cum alterius damno locupletari debeat, *l. 206. D. de R. I.* quod tamen hic contingeret, ſi creditor vſuras plane perderet. Denique ſi quis naturam harum literarum, quæ differunt ſaltem et morantur debitam ſolutionem, nilque auferunt, conſiderat, vt et id ipſum, quod imperator in ſæpius *alleg. l. 4.* conſtituit, euidens eſt, id quod de ſorte cautum eſt, etiam ad vſuras extendendum, cum acceſſorium naturam principalis ſui ſequatur. vid. MEIERI *colleg. argent. ad libr. 44. tit. 1. §. 31.* BERGERVS *in d. diſſert. §. 18. ſeqq.* Quod adeo verum eſt, vt etiam in dubio, ſi ſpecialiter nullæ promiſſæ, ſolui debeant, ſiratio æquitatis id poſtulet. *arg. l. 173. §. 1. D. de R. I.* Quod autem hoc caſu vſuræ ob *moram* commiſſam non debeantur, per ſe liquet, cum debitori, qui fortuna nouercante

cante non soluendo factus moratorium petiit, mora imputari nulla queat. Vid. latius MEVIVS *leu. inop. debit. Sect. 8. c. 4. n. 32. seqq.*

Finis literarum respirationis.

§. XVII. Sicuti igitur hæ literæ eum in finem dantur, vt videlicet medio tempore debitor respirare, et cogitare de soluendi mediis, denique ad pinguiorem fortunam redire et finita dilatione suis creditoribus soluere possit; ita quoque id operari debent, vt iis prouisus debitor ab exactione et rigore iuris creditorum securus esse, nilque contra hoc priuilegium attentari queat, sed ei sit præsidium tam extraiudiciale quam iudiciale, ne molestissima creditorum exactione inquietetur, nisi principis voluntate aut ipso iure quidam creditores, de quibus in seq. cap pluribus agendum erit, exemti sint.

Effectus earundem.

Quando opponenda exceptio literarum respirationis.

§. XVIII. Quia vero exceptio, quæ ex *literis respirationis* exoritur, saltem dilatoria est, vti aliæ dilatoriæ, ante L. C. opponenda erit, quod expresse vult MEVIVS *leu. inop. debit. c. 4. Sect. 8. n. 13.* Sed cum etiam lite contestata hæc dilatio ob damnum superueniens aut nouam vrgentem causam concedi possit, distinguunt communiter, num ante vel post L. C. literæ concessæ sint? sin primus, sententia MEVII recte se habere videtur: sin posterius, non prius, quam ortæ sunt exceptiones, opponi possunt. LVDOV. *distinct. iurid. libr. 44. tit. 1. distinct. 4.* et sic absque dubio h. et c. post litem contestatam admittenda est. Immo quia *merita causæ* tangit, indistincte post L. C. videtur admittenda.

An finitis literis respirationis adhuc locus sit cessioni bonorum.

§ XIX. Denique si tempus, respirationi destinatum, iam præterlapsum, et debitor, omni data opera et diligentia, tantum recuperare non potuit, quantum ad soluenda creditoribus

ribus debita requiritur: quæstio occurrit, num cessioni bonorum adhuc locus sit? negatiua præferenda videtur, cum in *l. fin. C. qui bon. ced. poss.* hæcce duo beneficia sibi expresse opponantur, et induciarum electione *cessionis* beneficio renunciasse censeatur, ne creditores duplici tunc onere grauentur. BRVNNEM. *ad l. vlt. C. qui bon. ced. poss.* quin quod duo singularia beneficia in eandem personam concurrere non soleant, MYNSINGER *ad instit. §. vlt. de action.* HERING. *de fideiuss. c. 5. n. 126. seqq.* adeoque nullum hic discrimen attendendum esse volunt, vtrum quinquennales, an breuiores aut annales induciæ adfuerint. Hoc vtique concedendum, si ex eadem causa, qua respirationem priorem impetrauit, debitor nouas inducias petere vellet: facilius est audiendus, si ob nouam, durante respiratione priori, emergentem causam, præter suam culpam de nouo ad beneficia iuris prouocet, cum supra iam ostensum, plurimos admittere, vt ob vrgentes causas indultum reiterari queat.

CAPVT III.

DE INVALIDITATE LITERARVM RESPIRATIONIS.

ARGVMENTVM.

§. I. De Varia literarum respirationis inualiditate et de quanam hic agendum. II. Ad creditores iure communi exemtos extendi nequeunt. III. Nec ad debitum compensabile. IV. Nec ad depositum, vel ad Pignus. V. Paupertas an eximat creditorem a literis respirationis? Inualidæ

sunt

sunt contra alimenta futuri temporis. *VI. Etiam contra Fisci debitum. Cui æquipollens est, debitum principis patrimoniale. VII. An pia corpora a literis respirationis eximenda? VIII. Miserabilis persona, et pupilli an eximantur? Ziegleri distinctio, quoad hoc priuilegium, inter personas miserabiles et pupillum. IX. Vtrum dos eximatur? Impensæ studiorum non sunt priuilegiatæ. X. Num debita ex delicto orta, sint exclusa? An debitum, quod debitor dolose inficiatus est, excipiatur? XI. Num res iudicata eximatur a literis respirationis? An instrumentum guarentigiatum? XII. Num valide opponantur futuris creditoribus? Num conductori prosint ad differendam solutionem pensionis? XIII. An mercenariis opponi possint? XIV. Num contra iuramentum valide opponantur? Contra renunciationem indulti, non valent.*

§. I.

Quotuplicitor literæ respirationis inualidæ existere possint.

Postquam in præcedenti capite egimus de validitate literarum respirationis, insimulque requisita, quæ circa impetrationem earundem concurrere debent, vt valeant, perpendimus, superest, vt hoc cap. de illarum inualiditate solliciti simus. Cum autem facillimum ex iis, quæ *cap antec.* dicta sunt, sit iudicatu, quod (I.) effectu suo destituantur, si debita requisita, aut alterutrum eorum deficiat, *v. g.* si indultum danti iura imperii non competant: si extra territorium producantur literæ: si ab indigno vel fraudulento debitore subreptitie impetratæ, si non idonee cautum sit; de eo prolixius agere superfluum foret. Nec (II.) quicquam expediret, disputare, de inualiditate indulti contra ea debita, quæ prin-

cipis expressa voluntate in rescripto exemta sunt, quia hoc casu limites priuilegio iam sunt positi, quousque valere debeat. Sunt vero (III.) quædam debita, quæ nullam dilationem et sic nec indulti valorem admittunt, quorum inualiditatem examinabo.

De quanam inualiditate hic agendum.

Ad creditores iure communi exemtos non extenduntur literæ respirationis.

§ II. Sicuti igitur contra quælibet debita induciæ literæue respirationis impetrari non possunt nec debent, debitorum, contra quæ impetrantur a debitore, in precibus mentio merito facienda, atque eorundem *qualitas* narranda, vt eo rectius constet, ad quodnam debitum induciæ trahendæ, vel contra quod eas principem non facile indulsisse probabile est. FREVNDEB. *tract. de rescript. morat. concl. 29. n. 1.* HERING. *de fideiuss. c. V. n. 24.* Rescripto autem principis generaliter et indefinite concepto quæritur: an ad cuiuscunque generis debita extendatur, et annon potius iure communi excepta excludantur? posterius affirmandum censeo; rescripta enim contra ius elicita obreptitie impetrata censentur, et pro non interpositis habenda sunt, CARPZ. *lib. 2. tit. 3. resp. 46.* iisque clausula inest, saluo iure tertii, ita vt generali rescripto ius singulare tertio competens auferri non debeat. Hoc igitur posito fundamento, exceptionis moratoriæ exceptiones nos facere oportet. Cumque Dd. sæpe hic nimis faciles sint in *excipiendis debitis*, quænam ipso iure eximantur, probe disquirendum erit.

Non extenduntur ad debitum, quod compensari potest.

§. III. Initium facio a *compensatione*. Debitum quod compensari potest, omni iure exceptum videtur, FABER. *Cod. Sabaud. lib. 1 tit. 9. def. 13.* non enim, qui petere prohibitus est, prohibitus est retinere, vt beati possidentes hoc loco dici possint. Præterea nulla amplius reuera inter compensantes existit

existit obligatio aut debitum ab eo tempore, quo sibi inuicem debere cœperunt, quare ab eo tempore mora non committitur, *l. 88. de R. I.* omnesque vsuræ cessant, *l. 11. 12. D. de compensat.* nec impedit compensatio debitum effectum literarum respirationis, qui est, quod debitor securus reddatur a molestissima creditorum inquietatione et exactione, quæ hic remota est, cum debitor ad soluendum non adstringatur. Debet autem caussa, ex qua compensatur, esse liquida, atque nullis ambagibus innodata, *l. vlt. C. de compensat.* neque inæqualis æstimationis aut affectionis. *l. 2. §. 1. D. de R. C.* Quocirca cum compensabile debitum exemtione gaudeat, suggeri creditori hæc cautela solet, vt debitoris, indultum opponentis, debitori sua iura cedat, vt loco *compensationis* retineat debitum et creditori cedenti soluat; quæ cautela tamen parum cedenti proderit: quia in fraudem dati priuilegii excogitata videtur.

§. IV. Res deposita propter exuberantiam fidei, a deponente depositario habitæ, nec compensationem, nec deductionem, nec doli exceptionem admittit, sed depositarius ad restitutionem depositi celerrime et quam ocissime compellitur iuxta *l. 11. C. deposit. vel contra*; proinde nec exceptione literarum respirationis illius restitutionem retardari posse, rectissime negant Dd. quod adeo verum est, vt absque doli præsumtione depositarius depositi restitutionem detrectare non possit. *l. 24. §. 2. D. de reb. auth. iud. poss.* Quare etiam ob cessionem bonorum non suspenditur illius restitutio, nec beneficium competentiæ hunc in finem valide obtendi potest. MEVIVS *leuam. inop. deb. c. 6. n. 38.* Hoc etiam per se liquet ex ipsa natura depositi; deponens enim nullum depositæ rei vsum depositario permittit, vt re deposita vtens furtum committat, *l. 16. D. de condict.* Nec ad depositum.

 furtiu.

furtiu. l. 29. D. depos. Si igitur debitor indulto munitus etiam propitio iure eam retinere posset, nullum inde commodum vt de re aliena haberet. Ex eadem ratione nec ad *pignus* exsoluto debito, in cuius securitatem traditum est, literæ respirationis extenduntur, cum debitor quoque hic nullam legitimam retinendi causam obtendere possit.

Nec ad pignus.

Paupertas an eximat creditorem a literis respirationis.

§. V. Paupertatis fauorem literis respirationis repugnare volunt FREVNDEB. *d. tract. concl. 44.* STRYK. *cit. diss. c. 3. §. 1.* ex eo fundamento, quod vnius egestati ita subueniendum sit, ne alter æque pauper supprimatur, et quod rescripta moratoria contra eos saltem concedenda, qui onus moræ ferre possunt, neque vnum altare, vt cooperiatur alterum, discooperiendum. *c. cum causam de præbend. et dignit.* Non omnes autem in qualitate *paupertatis* hic admittendæ conueniunt. Nonnulli dicunt pauperem eum, qui minus 100. aureis possidet ex *§. 3. I. de success. libert.* alii eum, qui 50. saltem possidet, alii illum, qui nec bona possidet, nec artificium didicit, vnde vitæ subsidia ducat, pro paupere solum venditant. Insuper variis modis paupertas pro ratione obiecti et circumstantiarum sumitur, cuius variam significationem ALVAR. de VELASCO *de priuileg. pauper. P. 1. qu. 4.* sat prolixe explicauit. Si vero *æque pauperem*, vti volunt, hic supponere debemus, is pauper dicendus foret, qui plane nil proprii habet; quoniam ditior tunc esse non debet ipso debitore, moratorium iam habente, qui nil proprii amplius habere potest, vti iam notauimus *cap. II. §. 14.* quamuis enim quædam tempore dilationis datæ naturaliter possideat, ea tamen magis nomine creditorum detinet. Cum igitur hæc omnia multis inuoluta sint difficultatibus, satius erit creditori egeno, sua ex fauore alimentorum petere, quare probet necesse erit, se aliter viuere non posse.

posse, priuilegia enim sunt strictissime nec pro lubitu interpretanda, immo fauor alimentorum, si futuri temporis sint, omnem excludit dilationem, *l. 2. D. de feriis et dilat.* vnde etiam hic vt in causa, quæ moram non patitur, mandata sine clausula decernuntur. CARPZ. *P. 1. const. 8. def. 9.*

Contra alimenta futuri temporis inualida sunt litera respirationis.

§. VI. Fisci debita inprimis literis respirationis non contineri facile colligendum ex legibus expressis, pro fisco loquentibus. Interest enim reipublicæ, vt debita fiscalia quam citissime exigantur, *Nou. 17. c. 7. §. 1.* nec damnosa fisco postulari oportet iuxta. *l. 3. C. de prec. Imp. offer.* Porro hæc debita sunt adeo priuilegiata, vt etiam iudex iis rescriptis, quæ communi iuri seu publicæ vtilitati aduersa sunt, non parere debeat. *l. fin. C. si contr. ius vel vtilit. publ. l. 7. C. de prec. imper. offer.* Huic quoque comparatur debitum principis patrimoniale, nec est, quod ZIEGLERVS *lib. 1. de iure mai. c. 48. §. 16.* hic dissentiat ex ea ratione, quod non eodem cum fisco fauore gaudeat, et ita specialem prærogatiuam cum eodem habere non possit. Enimuero cum nemo contra se loqui credatur, nec princeps in sui præiudicium priuilegium concessisse præsumitur, STRYK. *diss. sæpius allegat. c. 3. §. 5.* præterea princeps legibus a se datis et priuilegiis ipse solutus est, sic nulla ratio docet, quod fisco postponendus sit. Secus se res habet, si princeps speciali clementia et misericordia erga debitorem commotus expresse remittere vellet suum atque fisci priuilegium et exactionem differendo pinguiorem debitoris fortunam expectare, *l. 45. §. 10 D. de iur. fisci*, quod summæ principis laudi duci asserit STRYK. *loc. iam cit.* si aliis ita misericordiæ exemplar se præbere vellet.

Contra fisci debitum sunt innalida.

Debitum principis patrimoniale fisco hic comparandum.

§. VII.

An pia corpora literis respirationis eximenda.

§. VIII. Quemadmodum in extendendis iuribus ecclesiarum, piorumque locorum Ddres plerumque iusto proniores inueniuntur, ita quoque hic euenit, quod iis priuilegium contra literas respirationis, non tamen omnes iisdem ex rationibus, adscripserint. Sunt, qui id ex hoc peruerso principio probare eunt, quod principes seculares circa res ecclesiasticas aliquid disponere non possint, vid. NICOL. *de Passerib. de script. priuat. lib. 3. q. 1. n. 65.* et MENOCH. *de A. I. Q. c. 203. n. 2.* quod in terris protestantium statuere velle absurdum foret, cum duplicem iurisdictionem immediatam non habeamus, vt docui in *iur. eccles. lib. 1. tit. 28. §. 15.* vnde principium alii Dd. quidem reiicientes; illius consequentiam forsan incaute retinuerunt. Quidam ea ex ratione pia corpora eximunt, quod ex statutis nonnullorum locorum fere idem cum fisco priuilegium iis competat, aliisque creditoribus praeferantur, vti in patria constitutione quadam de anno 1644. etiam dispositum est; num autem a praelatione in concursu ad exemtionem ab indulto valide inferatur? valde dubitandum erit. Quodsi defensores piorum corporum pie sentire vellent, a Christo non dissentirent, misericordiam LVC. *6. v. 36.* simpliciter erga pauperes praecipiente. Cum autem non minus pia corpora, si pietatis veste exui nolunt, quam alios creditores deceat, Christi praecepto obsequium praestare, et multo magis aliis exemplo esse; non est, quod hic a BERGERO hanc exemtionem negante dissentire possimus *cit. diss. §. 30.* Nisi loco *sustentationis necessariae* aut *alimentorum* debitum petant, e. g. si ipsa corpora aut ministri eorundem absque eo subsistere non possint; de cetero haec nulla vrgente necessitate, male eximuntur, cum literae respirationis strictissime, vti iam monitum, interpretandae, adeo vt inferiori ne quicquam de iis statuendi potestas sit. MEVIVS *leuam. inop. debitor. c. 4. §. 8. n. 22.*

Interim

Interim œcónomis caute agendum erit, ne debitoribus ſuſpe-ctis pecuniam credant, cum alias facile ad intereſſe conueniri poſſint.

Miſerabiles perſonæ et pupilli an eximantur.

§ VIII. Ex ea etiam ratione, quod alias quoad priuilegia fiſco æquiparentur pupilli et miſerabiles perſonæ, quæ ſunt viduæ, diuturno morbo decumbentes, ſurdi, muti, caeci, furioſi aliique, LAVTERB. *coll. pract. tit de iudic. et vbi quisque ag. vel conu. debeat §. 53.* non vero meretrices aliæque plures, quæ videri poſſunt a GAB. ALVAREZ de VELASCO *libro de priuil. paup. et miſerab. perſonarum qu. 54. n. 9. et præf. n. 7. ſeqq.* eas quoque perſonas eximi volunt. Ex legibus tamen exemtio earundem perſonarum prae aliis creditoribus probari nequit, licet non negandum, quod quandoque iura ob ætatis et conditionis imbecillitatem certis caſibus fauorem inſignem præ aliis hiſce concedant, qui tamen ad hunc caſum extendi non poteſt, quo circa regulariter contra eas opponi poſſe literas reſpirationis credo, niſi ob fauorem alimentorum eis exemtio competat, ſi aliunde non habeant, quo viuere poſſint, quo caſu merito excipiuntur. Quoniam enim miſerabiles perſonæ nonnunquam ſat diuites inueniuntur, et earum conditio tunc per exactionem debiti a ſuo egeno debitore melior reddi non poteſt, iniquum certe eſſet, a debitore, cuius miſeranda conditio per retentionem pecuniæ, ad certum tempus conceſſam, ſubleuari poteſt, debitum diuitum perſonarum miſerabilium nomine venientium abſque neceſſitate exigere. Quid igitur mouerit ZIEGLERVM *de iur. Maieſt. lib. I. c. 48. §. 16.* quoad miſerabiles perſonas, vt diſſentiret, non ſatis percipio, cum tamen quoad pupillum nobiſcum conueniat, eiusque cauſam vt æque fauorabilem admittere nolit, niſi ille etiam ege-

Ziegleri diſtinctio quoad hoc priuilegium inter miſerabiles perſonas & pupillum.

egestate prematur; sub hac enim restrictione exemtionem miserabilibus personis omni iure denegare potuisset et debuisset, qui si diuites sunt, nec indigent, non gaudent exceptione a literis respirationis.

Vtrum dos eximatur.

§. IX. Dotis petendæ ac repetendæ debitum ad vnum fere omnes eximunt, omnemque mouent lapidem Dd. vt ex consequentiis priuilegiorum, alias in fauorem illius introductorum, exceptionem a moratorio extorqueant. Aiunt dotem causam piam, eamque prælationem in concursu habere, *l. 12. C. qui pot. in pign.* Patrem ad filiam pro conditione & facultatibus dotandam compelli posse, *l. fin. C. de dot. promiss.* STRYK. *diss. alleg. §. 7. l. fin. C. de dot. promiss.* retentionem ob impensas in res dotis factas esse prohibitam, *l. 2. D. de iur. dot. §. 5. C. de rei vxor. action.* adeoque inde concludendum, etiam hic nullam retentionem vel dilationem locum habere. Addunt vtilitatis publicæ vel causam vel prætextum, in eo consistentis, vt eo citius sexus sequior maritos inueniret, & masculi ad ciuitatem legitima prole replendam inuitarentur.

Impensæ studiorum hic non sunt priuilegiatae.

Hæc autem argumenta cum non magis, quam impensæ studiorum, quas ob eandem rationem excipiunt, STRYK. *ibid. §. 8.* vtilitatem publicam secundario saltem concernunt, FREVNDEB. *concl. 41.* ad exemtionem ab indulto insufficientia esse videntur, ceteræ etiam rationes, quæ hic allegantur, nihil amplius probant, quam quod fauor insignis dotis & studiorum sit, qui tamen vlterius, quam leges disponunt, non extenditur. BERG. *alleg. differt. §. 32.*

Num debita ex delicto prouenientia sint exclusa.

§. X. Quoad debita ex delicto prouenientia nullum dubium etiam restat, quin oppositione eorundem literæ respirationis reddantur inualidæ; nam, sicuti, iam dictum, iura saltem succur-

succurrunt deceptis, non decipientibus, viaque delictis non est aperienda; ita quoque interest reipublicæ, ne delicta maneant impunita, quin quod delicta praesupponant dolum, qui nemini prodesse debet, adeoque omni iure hæc debita excluduntur, ne dicam, hæc vt plurimum esse fiscalia, vti regulariter hodie teste ZIEGL. *de iur. maiest. lib. 1. c. 48. §. 16.* sunt, cum actio popularis in desuetudinem abiit; *ob LL. expressas §. 6. huius cap. allegat.* iam sunt exemta, Nec etiam proficit indultum debitori, qui dolose debitum inficiatus est, ex eadem ratione, quod dolus beneficia excludat, *l. 37. §. 1. D. de minor.* quique in legem peccat, legis fauore se indignum reddit, quamuis pro qualitate circumstantiarum princeps debitori, seria poenitentia contrito, succurrere atque eiusmodi debitum specialiter in priuilegio eximere possit. *Num debitum quod debitor dolose inficiatus est, excitiatur.*

§. XI. Porro se non tuebitur his literis debitor contra debitum, cui obstat rei iudicatæ exceptio, *l. vlt. C. vt lit. pendent.* vi cuius succumbenti & a sententia non prouocanti perpetuum imponitur silentium; ille enim auxilium impudenter petere & ignominiæ pœna notandus dicitur, quod iuri contraria postulet, id quod penitus prohibitum est, *l. 3. C. de prec. Imp. offer.* cum itaque res iudicata omnes excludat exceptiones iuris, sane iuri contraria peterentur, cuiusmodi rescripta impetrata non admitti, eosque, qui illa producunt, a limine iudicii repelli placuit Imperatori in *l. 3. C. sentent. rescind. non poss.* quare et princeps non præsumitur ius suum alicui ablaturus, nec sua auctoritate iudicatis contradicturus. Instrumenta guarentigiata licet quibusdam in locis vim sententiæ definitiuæ & rei iudicatæ obtineant, ac paratissimam executionem secum ducant, per moratoria tamen rescripta illorum effectum suspendi posse, docet FABR. *Cod. Sabaud. lib. 1. tit. 9. def. 5.* *Num res iudicata eximatur a literis respirat.* *Num instrumentum guarentigiatum.*

 ratio-

rationemque differentiæ a publica vtilitate desumit, ad quam spectat res iudicata, non instrumenta guarentigiata, quippe quæ saltem ad priuatorum vtilitatem vergunt, cum etiam hic exceptiones, quae in continenti probari possunt, admittantur. Adeoque non idem cum re iudicata fauor iis hoc casu adscribendus erit.

Num literæ respirationis valide opponantur futuris creditoribus.

§. XII. Quemadmodum etiam non entis nullæ sunt affectiones; ita quoque ad creditores futuros literæ respirationis non extenduntur; de quibus enim tempore concessionis non fuit cogitatum, de iis nec in rescripto actum, tempus etiam præsens & præteritum hic saltem intelligi probatur ex *l. 7. D. de aur. argent. legat.* vid. FABR. *iam cit. loc. def. 16.* COLER. *de process. execut. P. 1. c. 4. n. 14.* et STRYK *loc. cit. §. 18. c. 3.* qui argute indulgentiis papalibus hancce iniquam extensionem comparauit, eo enim occasionem delinquendi oriri scribit, non secus ac olim per indulgentias papales, quibus peccata redimebantur futura. Eodem modo nodus gordius dissoluendus erit quæstionis: num conductor ad differendam pensionis solutionem moratorio vti possit? distinctio inter tempus præteritum et futurum etiam hic locum habet, quorsum et STRYKII rationes *§. 12. c. 3.* tendunt, quibus euincere studet, quod loco alimentorum locator pensionem plerumque habeat, quæ pro talibus non habentur, nisi sint futuri temporis. Enimuero non semper locator pensione vt alimentis indiget, adeoque non semper loco alimentorum peti possunt, interim æquitati non congruum videtur, conductorem et re et pretio simul frui velle. vid. BERGERI *dict. diss. §. fin.*

num conductori prosint ad differendam solutionem pensionis?

§. XIII.

§. XIII. Contra debita mercenariorum quod vi sua destituantur literæ respirationis, communis Ddrum schola docet, quod et non adeo absurdum, quia non solum per tot dicta scripturæ mercedem soluere imperatur conductoribus, sed etiam ante solis occasum solutionem fieri debere, alias retinenti peccato reputari vocem clamantis operarii ad coelum, dicit dominus. *Deuter.* 24. *v.* 14. 15. Cumque iis plerumque non facile quid supersit, nisi quod dietim sibi per labores comparant, vnde victum et amictum sumunt, (non enim præsumendum, quod quis, si alias viuere potest, quotidiano sudore et labore vires suas debilitaturus sit,) loco alimentorum hoc debitum etiam venire posse in aprico est; si vero fides sit habita, et operas præstans interea de suis viuere possit, non facile gaudebit exemtione prae aliis creditoribus.

Num mercenariis opponi possint.

§. XIV. Quid iuris denique sit; si debitor se iuramento ad soluendum hoc illoue tempore obligauerit, paucis inquirendum? Ddrum dissensus hic non deest, adeo, vt plerique hic expresse requirant, vt rescripto inferatur clausula, non obstante iuramento, CARPZ. *Asyl. gen. debit. c.* 4. *sect* 8. *§.* 51. 52. FREVNDER. *tit.* 7. *concl.* 30. Paulo aliter incedit STRYK. *sæpe allegat. diss c.* 3. *§.* 16. distinguens, an princeps proprio motu generaliter sibi subiectis subditis concesserit indultum, an ad instantiam debitoris iuramento obstricti illud emanauerit? priori casu excusat debitorem, se moratorio defendentem: posteriori eum vix securum esse in conscientia absque præstita solutione censet. Cum autem omnia iuramenta in se contineant tacitam hanc clausulam, rebus sic stantibus vid. *Ius ecclesiast. lib.* 2 *tit.* 24. *§.* 49. BERG. *diss. cit. §.* 28. et in eodem statu permanentibus, nulla opus videtur distinctione. Si enim debitor praeter opinionem & culpam media solutio-

Num contra iuramentum valide opponantur.

nis

nis perdiderit, non eadem rerum facies adest, nec de illa tempore contractus iurati fuit cogitatum. Natura iuramentorum autem non admittit, vt ad non cogitata extendatur, vt demonstraui *dict. loc.* et sic a periurio eiusque poena, qui ob paupertatem promissa cum iuramento non adimpleuit, immunis est, ALVAREZ de VELASCO *priuileg. pauper. P. I. qu. 65. n. 27.* cum obligatio impossibilis, quae hic adest, a periurio excuset. Nec hic absolutione aut relaxatione a iuramento opus est, vti credidit FABER. *C. S. lib. 1. tit. 9. def. 20.* nisi debitor sibi conscientiae ducat, a praestitio iuramento propria auctoritate recedere. Hoc interim principium, quod indistincte *relaxationem* desiderat, pontificii ideo saltem introduxerunt, vt ex hac doctrina, admodum sibi proficua atque iurisdictionem suam ampliante, suos reditus eo magis augerent, vid. *Ius Eccl. f. Protest cit. loc. §. 51.* Si autem iuramentum cum renunciatione indulti connexum est, impetrans literis respirationis vti non potest sine metu et poena periurii, quod tunc eo magis procedit, quia etiam renunciatio sola indulti impedit exceptionem; nam ad renunciata non datur regressus, *L. 14. §. 9. D. de aedilit. edict. l. 4. C. de pactis, et l. 1. C. de reb. cred.* Ad hoc, cui quis renunciandum putauit, redire, absurdum esse inquit Iustinianus. Sic paucis materiam literarum respirationis, earumque validitatem et inualiditatem, perlustrauimus, adeoque nunc quidem nobis vela contrahenda erunt, non quidem insciis, nos non omnes tetigisse et examinasse quaestiones, quae hic moueri solent, attamen cum pro ratione instituti praecipuas excusserimus, ceteras minoris momenti facile neglexinus, vt, licet Ddorum extensiones in infinitum crescant, nostrae exercitationis nihilominus hic statuendus sit finis.

Contra renunciationem indulti, non valent.

EXER-

EXERCITATIO XLVII.

AD LIB. XII. PAND. TIT. II.

DE

PROBATIONE

PER

DELATIONEM IVRAMENTI.

ARGVMENTVM.

§. I. Probatio versatur circa facta dubia. II. Probationis definitio. III. Eius species. IV. De iureiurando et eius delatione. V. Hanc probationis speciem esse probatur ex probationis definitione. VI. ex natura delationis iuris iurandi. VII. ex legum testimoniis. VIII. ex natura relationis. IX. Non est modus se releuandi a probatione. X. A probatione ad iuramenti delationem valet argumentum. XI. Iuramentum ante sententiam super probatione interlocutoriam non necessario est deferendum; XII. nec ante litis contestationem. Aliud iure Saxonico. XIII. Iuramenti delatio integra est vsque ad conclusionem in caussa. XIV. etiam post susceptam probationem per testes, XV. vel vbi probationi per testes renunciatum. XVI. vel vbi melior probatio est iniuncta. XVII. Sub iniuncta probatione, facultas iuramentum deferendi continetur. XVIII. Eadem in appellationis instantia salua est. XIX. Praeclusa est, via probandi perclusa. XX. Termino probatorio circumscribitur. XXI. Hoc elapso admittitur consentiente aduersario,

XXII.

XXII. vel restitutione in integrum contra terminum probatorium impetrata. XXIII. vel ex qualitate et fauore causarum. XXIV. Relatio iuramenti fieri potest, elapso termino probatorio. XXV. Eadem sunt iure actoris et rei in delatione iuramenti. XXVI. Super eodem articulo & probatio ordinaria suscipi et iuramentum deferri potest. XXVII. Metu periurii probato, iuramentum non admittendum. XXVIII. Probationem ex pacto in se suscipiens iuramentum deferre potest. XXIX. Delatum re integra reuocari potest. XXX. Quando heredibus iuramentum credulitatis deferri queat?

§. I.

Facta dubia probatione indigent non iura.

Quaestiones, quae in controuersiam iudicialem vocantur, duplicis sunt generis: consistunt enim vel *in iure*, vel *in facto dubio*. Si iura *ex accidente* sunt dubia, illa tantum a partibus deducuntur ex principiis interpretationis rationabilis, neque haec regulariter probatione, ceu quaestiones facti, indigent. Facta vero incerta atque *dubia*, quae ab aduersario negantur, regulariter sunt probanda, nisi aliunde adminiculum ex graui aliqua praesumtione desumtum pro se habeant. Haec adeo sunt perspicua, et extra omnem controuersiam posita, vt illustratione nulla indigeant. Iudex enim iura nosse debet, quae semper in se certa et definita sunt, licet *ex accidente* de mente legum aliqua dubitatio suboriatur, et cum haec ad facta litigantium applicare debeat, quod tamen facere nequit, nisi facta litigantium quoque sint *certa* et indubia; hinc facile colligi potest, quare haec ab eo, qui in iis se fundat, sint probanda. Omne itaque momentum litis in *probatione* facti dubii consistit. Sed antequam ad

ad ipsum thema propositum progrediamur, quaedam de *probatione in genere* erunt praemittenda, vt eo rectius diiudicari liceat, an de iuramento quoque possint praedicari, quae de probatione praedicantur.

§. II. PROBATIO, *est actus iudiciarius, quo iudici de veritate facti dubii legitime fit fides.* Haec definitio suo constat *genere* et *differentia specifica.* Nam quod sit actus iudiciarius, in eo conuenit cum reliquis actibus iudiciariis, libelli oblatione, citatione, litis contestatione etc. In ponendo genere MASCARDVS *vol. I. qu. 2. n. 17. de probat.* non satis fuit accuratus; *probatio*, enim inquit, *est* OSTENSIO *rei dubiae per legitimos modos iudici facienda in causis apud ipsum iudicem controuersis.* Hic verbo *ostensionis* tanquam genere vtitur, cum tamen *ostensio*, vel nudam et simplicem monstrationem rei signo aliquo externo, veluti verbo, nutu, digito etc. factam denotet: *l. 6. D. de reb. cred.* vel idem designet quod *probatio* ipsa, quod *cit. loc. n. 18.* ipse fateri videtur, inquiens: quod *hoc verbo pro probatione prisci et ICti legum compilatores saepissime vsi fuerint*, quod etiam plenius illustrat BRISSON. *de verb. signif. voc. ostendere.* Sequitur in hoc MASCARDVS definitiones ab AZONE, ACCVRSIO et GOFFREDO conditas, vt ceteras ICtorum definitiones in immensum variantes silentio praetermittam. Illustrabimus potius definitionem antea propositam. Differentia huius definitionis specifica in eo consistit, vt iudici per hunc actum iudiciarium *fides* fieri debeat de veritate facti dubii. Quando enim actor in iudicio causam proponit, quam reus negat, facta inde eueniunt dubia. Iudex igitur, qui neutrius assertioni fidem habere, sed iustitiam administrare sine respectu personarum obligatur, ei ius dicere debet, qui veritatem dixerit,

Quid sit probatio?

dixerit, quam non nisi ex hoc *actu probatorio* dignoſcere poteſt: non enim ſecundum *priuatam notitiam*, ſed ſecundum acta iudicare adſtringitur. *l. 6. §. 1. D. de offic. praeſ.* Per hoc, quod iudici *fides* fieri debeat, probatio diſtinguitur a caeteris actibus iudiciariis. *Fides* vero *in iudice* dicitur gradus probabilitatis ſupremus, quem iudex propter argumenta adducta in iudicando ſequitur. Fides haec *iuridica* ergo differt a *logica veritate*. Veritas propoſitionis enim inde demonſtrari poteſt, quod res aliter eſſe nequeat, et neceſſario ex praemiſſis ſequatur: *fides* vero nonnunquam fallere queat, quia haec pro obiecto habet *res meri facti*, facta vero euidenter demonſtrari poteſt, quod res aliter eſſe nequeat, et neceſſario ex praemiſſis ſequatur: *fides* vero nonnunquam fallere queat, quia haec pro obiecto habet *res meri facti*, facta vero euidenter demonſtrari non ſemper poſſunt. Vnde quoque eſt, quod in iudiciis *probabilitate maxima*, qualis inter homines haberi poteſt, tantum contenti eſſe debeamus, cum et probatio plena per duos immo plures teſtes fallere poſſit, de quo exemplum praebent ſacrae literae in *hiſtoria Suſannae*. Hinc etiam eſt, quod probatio iudicialis facta *dubia* concernat, et per hoc diſcernatur a deductione, quae ius controuerſum pro obiecto habet, quod ex ſuis principiis a legislatore poſitis deriuatur et colligitur, quamuis etiam hic modus iura deducendi *probatio logica* recte dicatur, quatenus haec obſeruante Ill. Dn. WOLFIO *in logia P. I. Sect. IV. c. 7. §. 496.* nihil aliud eſt, quam *ſeries ſyllogismorum inter ſe concatenatorum, qua propoſitio dubia ex aliis tanquam notitioribus colligitur.* Ex propoſita definitione probationis vlterius fluit, quod, cum *iudici* fides fieri debeat, vt ſcilicet aſſenſum ſuum aſſertionibus probantis praebere queat, iudex etiam actum hunc iudiciarium per decreta legitima dirigere, adeoque ei, qui probare debet, hanc iniunge-

re,

re, terminum, nisi per leges iam sit determinatus, probationi præfigere, et quid et quantum probatum sit, sua sententia definire debeat, et quæ sunt alia huius generis. Quare autem verbum *legitime* in definitione fuit positum, facile diiudicari potest, cum (1) quædam argumenta antiquis Germaniæ et aliorum populorum moribus pro speciebus probationis fuerint habita, quæ tamen per leges postea reprobata, enarrata a me in diss. *de spuriis probat. modis*: (2) quod *modus* probationi a lege præscriptus præcise sit obseruandus. Iam vero probabilitas, quæ assensum in iudice excitare debet, variis argumentis erui potest, vnde quoque diuersis modis iudici fit fides, et hinc variæ dantur probationis species.

§. III. IN constituendis probationum speciebus ICti mirum in modum variant. SPECVLAT. *tit. de probat.* *§. videndum*: earum duodecim constituit. TANCREDVS tantum sex: HOSTIENSIS nouem collocat, quæ omnes videri possunt apud MASCARDVM *de probat. vol. 1. qu. 4.* MASCARDVS ipse probationem plenam in septem diuidit species. Sed plenius inspecta re, tot constitui possunt species probationis, quot modis iudici fides, quam in iudicando sequatur, fieri potest. Quod cum fieri possit vel per coniecturas graues et probabiles, allegando scilicet circumstantias, quæ vt plurimum cum facto controuerso connexæ esse solent: vel per testes, documenta, inspectionem ocularem, confessionem partis aduersæ, famam etiam publicam et communem aliaque adminicula, hinc probatio quoque recte diuiditur in duas species, quarum prior *artificialis*, posterior *inartificialis* nominari solet. Hæ species, cum omnes sint per leges approbatæ, quod a nemine fere in dubium vocatum fuit, *legitimæ* quoque sunt, et si ita sunt comparatæ, vt iudex secundum illas litem decidere possit, dicuntur

Quæ sint species probationis?

cuntur *plenæ;* si vero ita non sunt comparatæ, *minus plenæ* vocantur, et prout *gradus probabilitatis* differunt, qui assensum et firmiorem et debiliorem in iudice excitare possunt, nunc dicuntur *semiplene* probare, seu fidem apud iudicem excitare, nunc *plus*, nunc *minus quam semiplene*, quæ species minus plenæ probationis aliis adminiculis sunt adiuuandæ, donec iudex plenum assensum argumentis prolatis præbere possit. E contrario probatio per duellum ferrum candens, aquam frigidam etc. quibus populi plures olim frequentissime fuerunt vsi, per leges ecclesiasticas tandem sunt abrogatæ, adeoque *illegitimæ*, cum omnes eo tendant, vt Deum miraculis tentent.

An iuramenti delatio inter species probationis referenda?

§. IV. SED vt propius ad scopum nostrum accedamus, magna et inter antiquos et recentiores ICtos controuersia est, an scilicet *delatio iuramenti* quoque inter species *plenæ* et *legitimæ probationis* sit referenda, nec ne? quorum singuli pro confirmanda sua sententia et leges et autoritates ICtorum et rationes cumulare solent. Quæ quæstio eo minus parui ducenda atque contemnenda est, quod variæ inde fluant conclusiones, et quæstiones plures aliæ ex hoc principio necessario sint decidendæ, quas deinceps examinabimus. Inprimis huc referendum, vtrum terminus probationi *in genere* præscriptus, iuramenti delationi quoque præscriptus censendus, an vero hoc præterlapso iuramenti delatio adhuc admittenda? quæ quæstio ante omnia in iuramento litis decisorio attendenda. Diuersæ enim dantur iuramentorum species, de quibus paucis quædam erunt præmittenda.

Iurisiurandi definitio.

IVSIVRANDVM in genere est asseueratio religiosa, qua quis Deum tanquam testem veritatis et vindicem mendacii inuocat, ad iudici fidem de assertis suis faciendam. Differentia huius definitionis specifica con-

consistit primo, in inuocatione Dei tanquam *testis* et *vindicis*, per quam iuramentum discernitur a quocunque alio actu vel *testimonio ordinario*, quo quis alteri fidem facere intendit: deinde, quod per hunc actum fides alteri extra ordinem, aliis deficientibus probandi mediis, fieri debeat, distinguitur iuramentum ab aliis inuocationibus numinis diuini, quae in precibus publicis priuatisque etiam fiunt. DELATIO vero IVRAMENTI est actus iudiciarius, quo alterutri litigantium vel ad alterius instantiam, vel a iudice simpliciter iniungitur, vt asserta iuramento confirmet fidei confirmandae causa. Hoc iuramentum si a parte parti iudice approbante defertur, dicitur *iudiciale voluntarium litis decisorium:* si vero a iudice defertur parti, vocatur *necessarium.* Posterioris iterum tres dantur species, *suppletorium*, *purgatorium* et *iuramentum in litem.* *Iuramentum suppletorium* dicitur quod iudex defert ei, qui semiplene probauit. *Purgatorium* nominatur, quod alteri defertur a iudice, si probaturus minus quam semiplene probauit, vel rationes obstant, quo minus suppletorio locus esse queat. *c. f. X. de iureiur. c. 2. X. de probat.* *Iuramentum* denique *in litem* vocatur, quod actori a iudice defertur, ad rem, quam petit, aestimandam, quae dolo vel culpa alterius restitui nequit. vid. *t. t. de in litem iur.* *Et diuisio.*

§. V. EX his praemissis recte colligo, iuramenti delationem *speciem probationis verae* esse. Omnium enim iuramentorum primarius finis est, vel probationem efficere, vel imperfectam perficere. Quicquid enim iudici de facto dubio legitime facit fidem, vt scilicet assensum suum assertis praebere possit, illud quoque est *probationis* species. Et quicquid assensum in iudice adhuc magis perficit, qui antea forsan debilis et cum quadam iusta dubitatione coniunctus erat, vt secun- *Iuramenti delatio est species probationis. Hoc probatur ex definitione probationis.*

cundum eum litem decidere non posset, illud quoque *probationis* species dici potest. Haec tanquam axiomata ex ipsa definitione probationis §. II. proposita fluunt. Iam vero iuramentum voluntarium, quod iudice approbante pars parti defert, plenissimam ei facit fidem, atque ea de causa atque animo ab eo, qui probare debet, defertur, vt vel ex eius praestatione, vel relatione, vel recusatione rem decidere possit. Qui ergo hoc medium adhibet, quo secure veritas ab altero elici potest, vt vel fateatur intentionem probaturi, vel contrarium hac inuocatione religiosa confirmet, ille probare revera intendit. Nemo enim tam impius tamque profanus esse creditur, qui Deum tanquam testem et vindicem inuocare vellet scienter falsa proferendo, sibique repraesentando grauissimas poenas, quae peieranti imminent, quaeque in *auisatione* de periurio vitando, praestationem iuramenti antecedente, iuranti in animum reuocari solent. In iurante enim praesupponitur scientia, Deum esse omniscium, eumque scire, si falsa proferat: et Deum esse omnipotentem, vt punire possit periurum. Cum itaque religiosissimus sit actus, qui merito magni aestimandus, et ad quem suspecti de periurio non admittendi, merito ei, qui iurat, iudex fidem habere debet, vel deferenti, si illud aduersarius salua conscientia praestare nequeat. Immo ab antiquissimis populis magna vis atque auctoritas iuramentis est tributa, teste CICERONE *lib. 3. de officiis*, *nullum*, inquit, *vinculum ad* ADSTRINGENDAM FIDEM *maiores nostri iureiurando arctius esse voluerunt.* Et ipse diuinus scriptor *ad Hebraeos VI. 16.* dixit: der Eyd macht ein Ende alles Haders. Cum itaque in hunc finem iuramenta deferantur, vt per illa *veritas facti* eruatur, et hoc modo etiam fidem iudici faciant, dubitandum non est, quin *probationis plenae* species recte dici queant.

§. VI.

§. VI. DE ceteris iuramentorum speciebus, quae nempe probationem imperfectam adhuc perficiunt, vel suspicionem elidunt, puto iuramentum suppletorium et purgatorium, nihil adeo attinet dicere, cum haec tantum sint accessoria probationis per alia adminicula iam susceptae, neque ad nostrum scopum primario pertineant. Sed nobis praesertim hic erit agendum de *iuramento voluntario iudiciali litis decisorio*, quod nempe pars parti defert iudice approbante. De hoc iuramento eo minus dubitandum est, quin sit species probationis, cum is, cui onus probandi a iudice iniunctum, hoc ea mente aduersario deferat, vt aduersarium *testem in propria causa* constituat, et si alter iuret, hic acquiescere: si nolit illud praestare, pro confesso haberi debeat, *l. 31. D. de iurei.* quae cum sint iura partium, quibus licite quilibet vti potest, sibi merito actor imputet, quod aduersarium per delationem iuramenti, vt *testem* in propria causa produxerit, quo facto iudex pro iurante pronunciare, aut iurare nolentem pro *confesso* habere debet. *Probatur ex natura delationis.*

§. VII. QVOD vero delatio iuramenti etiam sit *legitimus probandi modus*, eo minus in dubium vocandum est, cum in legibus ipsis *probationis* nomine veniat. Nullam enim aliam notionem de *legitimo* actu habere possumus, quam quod a legibus ipsis sit approbatus. Inspiciamus itaque leges ipsas. Primum locum sistit PAVLVS in *l. 25. §. 3. D. de probat.* hunc in modum edisserens: *in omnibus autem visionibus, quas praeposuimus, licentia concedenda est ei*, CVI ONVS PROBATIONIS INCVMBIT, *aduersario suo de rei* VERITATE IVSIVRANDVM INFERRE. Disertis verbis in hac lege iuramenti delatio inter *probationum* genera refertur; is enim, cui onus probationis incumbit, iudici fidem facere debet de *veritate facti* vel *rei dubiae*, quod alio- *Vlterius probatur ex testimoniis legum.*

alioquin causam controuersam decidere non valeret: in hac vero lege iuramentum dicitur *rei veritatem* iudici aperire. Quocirca idem PAVLVS in *cit.* §. pergit: VT IVDEX IVRAMENTI FIDEM SECVTVS, *ita suam sententiam possit formare.* Delatio iuramenti itaque probationis species esse debet, et cum ita fidem faciat, vt iudex secundum eam sententiam possit formare, dubium non relinquitur, quominus vere probet. Huic sententiae conforme est effatum VLPIANI in *l.* 5. §. 2. *D. de iureiur. dato iureiurando, non aliud quaeritur, quam an iuratum sit: remissa quaestione, an debeatur: quasi* SATIS PROBATVM SIT IVREIVRANDO. Ex hac lege videre licet, grauissimum pondus inesse iuramento, quo veritatem quis elicere intendit, vt ne contrariam quidem probationem admittat, quod idem VLPIANVS in *l.* 11. §. 3. *eod.* prodit, et *perinde haberi*, ait, *quod iuratum est, atque si* PROBATVM *esset.* Et quamuis MASCARDVS *vol.* 1. *qu.* 9. *n.* 2. ex hac lege contrarium elicere velit, quod nempe non sit *verae probationis species*, ex ratione: quod verbum *perinde* similitudinem quandam declaret, et cum sit simile probationi, probatio vera esse non possit. Haec tamen ratio admodum ficulnea est; VLPIANVS enim per haec ista verba tantum innuit, aequale immo maius pondus iuramento inesse, ac quidem aliis probandi modis *ordinariis*, cum quibus illud ratione *fidei* confert, quamuis alias sit *extraordinarius* seu *subsidiarius* probandi modus, in defectum aliarum probationum demum adhibendus. Haec praeterea MASCARDVS *cit. loc.* tantum adduxit contra SALYCETVM, re ipsa vero nostrae sententiae adhaeret, allegans *l. fin.* §. 10. *C. de iur. deliber.* vbi IMPERATOR IVSTINIANVS dicit: *Licentia danda creditoribus seu legatariis vel fideicommissariis, si maiorem putauerint esse substantiam a defuncto relictam, quam heres in inuentario scripsit, quibus voluerint* LEGITIMIS MODIS, *quod superfluum est* APPROBARE, *vel*

per

per tormenta seruorum etc. et paulo post: *vel per* SACRAMENTVM ILLIVS, *si aliæ probationes defecerint.* Hic IVSTINIANVS ipse sacramentum siue iuramenti delationem pro *legitimo*, quamuis *extraordinario* vel *subsidiario* modo probandi habet, quod etiam agnouit in *l. 12. pr. C. de reb. cred.* vbi prolixe de iuramenti delatione agit, præmittendo, se hoc constituisse *vt pinguius* PROBATIONIBVS *subueniret.* Idem constitutum est in *ord. canc. Hannov.* de anno 1663. tit. 24. §. 4. his verbis: Es stehet auch sonsten einem jeglichen Theile frey, seinem Wiederparth das Gewissen zu rühren. Adhuc euidentius hoc declaratur ex *rescripto Potent. Regis Boruss. de anno 1714.* quod infra §. XX. in f. integrum exhibebo, vbi etiam inter alia dicitur: also ist auch gewiß, daß obgedachter §. XL. sich auf die PROBATIONEM PER IVRAMENTI DELATIONEM erstrecket, qua de causa potentissimus legislator iuramenti delationem quoque ad terminum probatorium adstrinxit. Cum itaque leges ipsæ delationem iuramenti pro specie probationis legitima habeant, et nos eam pro tali habere debemus. Hac de causa CARPZOVIVS *p. 1. c. 12. def. 35. n. 3. iuramentum,* inquit, *est species legitimæ ac ordinariæ probationis; et quidem fortissima, contra quam probationem alia nulla postmodum admitti potest,* quod repetit *p. 1. C. 8. def. 15. n. 3. et p. 1. C. 12. def. 5. n. 2.* Et quamuis IDEM *p. 1. c. 12. def. 29. n 3.* asserat, *quod iusiurandum in vicem ordinariæ probationis succedat*, hoc tamen ipso magis arguit, ordinariis probandi modis quidem non accenseri, quia demum *subsidiarius* eius vsus est, esse tamen veram probationis speciem, quoties aliter res exitum habere nequit. Nostram sententiam confirmat MEVIVS *p. 4. dec. 6. n. 4.* aitque: *per iuramentum enim non minus plene fit fides, quam alio probandi genere.* Idem præterea agnoscit Dn. LEYSER in *medit. ad pand. specim.*

specim. CXXXV. arg. 2. vbi docet *iurisiurandi delationem esse probationem in continenti liquidam.* Eamdem sententiam secutus est perill. L. B de COCCEII *in iur. contr. tit. de iureiur. q. 24.* eamque suam fecit excell. Dn. KNORRIUS in der gründlichen Anleitung zum gerichtlichen Proceß *c. XII. §. 1. seqq.* vt de ceteris ICtorum testimoniis in hac materia nihil dicam, quae ab his citata euolui facile possunt.

Probatur quoque ex ipsa natura relationis.

§. VIII. VLTERIVS nostra sententia adhuc probari potest ex ipsa natura *relationis.* Is enim, cui iuramentum est delatum, aut ipse hoc praestare, aut aduersario, qui detulit, referre, aut conscientiam suam aliis probandi modis ordinariis defendere potest. *l. 25. §. 3. de probat. l. 12 C. de reb. red.* Quae cum extra omnem controuersiam sint posita, hic tanquam cognita supponimus, Cum itaque is, qui aduersario defert iuramentum, semper vereri debeat, ne alter iuramentum sibi delatum referat, velitque, vt ipse potius veritatem iureiurando firmet, certe ad hoc remedium eruendi veritatem nemo quaeret refugium, nisi persuasissimum habeat, se salua conscientia veritatem iureiurando corroborare, et ita fidem iudici facere posse. Iuramentum enim relatum praecise est praestandum, nulla amplius alia probatione admissa. *l. 34. §. 7. D. de iureiur.* LAVTERBACH. *diss. de rel. iurament.* Quod si praestare nequit deferens, causa cadit. Quis igitur dubitat, cum praestatio iuramenti sufficiat ad litem decidendam, quin sit probationis species vera?

Iuramentum non est medium releuandi a probatione

§. IX. Nonnulli tamen ICtorum contrariam tuentur opinionem, quod nempe delatio iuramenti non sit *proprie dictae* et *legitimae* probationis species, sed potius medium, releuandi vel liberandi se ab onere probationis. Horum nume-

numero sunt FRANTZK. *lib. 2. resol. 14. n. 29.* PACIAN. *de probat. lib. 2. c. 46. n. 121.* SETSER *de iurament. lib. 4. c. 2. n. 39.* B. PVFENDORF in *proc. civ. p. 3. c. 5. §. 2.* et plures alii. Pro defendenda hac opinione prouocant ad *l. 30. pr. D. de iureiur.* vbi PAVLVS dicit: *abunde enim sufficere, exonerare petitorem probandi necessitate.* Sed hæc verba ICtus PAVLVS tantum pro ratione decidendi in adducto casu adduxit, quare, iuramento *conuentionali* seu *extraiudiciali* præstito, super actione, quæ alias inficiando duplatur, *simplum* tantum peti queat, et commodo dupli actor priuetur? hoc enim compensari ait alio commodo, quod actor, qui ex *conuentione* iurauit, non teneatur postea probare intentionem suam, quam agendo probare debuisset, immo nec vlla amplius probatio locum habeat, si denuo agere attentauerit, quia non amplius postea quæritur, an debeatur: sed an iuratum sit? Inde vero minime colligi potest, iuramentum iudiciale tantum esse *releuationem ab onere probandi*, non vero proprie dictam probationem, cum tamen ea mente in iudicio deferatur, vt probatio, quæ incumbebat deferenti, principaliter inde perficiatur. *l. 35. pr. de iureiur.* ibi: *omnibus probationibus aliis deficientibus, iusiurandum deferens audiendus est.* Qui enim probare iussus est, se ab onere probandi, salua iuris et processus ratione, liberare nequit, quod alioquin non legibus nec iussui iudicis satisfaceret, quæ *probationem* desiderant, sed in fraudem earum quid excogitasset deferendo iuramentum, si hoc inter probationis species haud esset referendum. Quod enim quis præstare iubetur, illud excogitata alia via indirecta elidere nequit. Denique si non esset probandi legitimus modus, reus non teneretur iuramentum acceptare aut referre, sed vrgere posset, vt actor potius decreto iudicis satisfaceret, et probanda probaret. Quodsi etiam plus iusto liberaliores

esse velimus, suo modo admittere possumus vulgatum illud: *delationem iuramenti liberare deferentem ab onere probandi*, ordinario scilicet, quod sane *onus grauissimum* dicendum, multis difficultatibus obnoxium, quó omnino exoneratur, qui breuiori probandi via vsus, iuramentum defert. Liberatur ergo deferens duntaxat ab *onere maiori*, in ordinaria probatione occurrente, non ab ipsa *probatione*, quam iuramentum deferendo potius perficere, et iussui iudicis satisfacere intendit, id quod etiam leges euidenter admittunt, iubentque vt vel aduersarius iuret, vel iuramentum referat. Equidem *ex accidente* quoque contingere potest, vt per delationem iuramenti onus probandi graue, in alterum transferatur, si nec iurare, nec iuramentum referre vult, sed sponte et suo periculo contrarium per *testes* vel *documenta* probare paratus est, quo se a iuramenti praestatione liberet, sed propterea negari nequit, iuramentum esse veram probationem. Nam etiam praesumtiones iuris vim probandi habent, et simul onus probandi contrarium deuoluunt in aduersarium, immo actor sua probatione efficit, vt vel reus illam contraria probatione elidere, vel condemnationem pati debeat. Hunc in finem videlicet iuramentum reo haud defertur, vt contrarium probet, sed hoc medium sponte eligit, quo necessitatem iurandi declinet, cum alioquin, vel iurando vel referendo iuramentum, probatio peracta mox fuisset. Hac de caussa recte MEVIVS asserit *p. 6. dec. 405. n. 6. ex subtilitate quadam iuramentum dici magis releuare a probando, quam probare; sed vtilitate et effectu spectato, dum fidem facit, qui iurat, etiam probare intelligitur.*

A probatione ad iuramenti delationem valide argumentamur.

§. X. Cum igitur satis superque sit demonstratum, quod delatio iuramenti in hunc finem fiat, vt *veritas facti negati* hoc medio eruatur, et iudici fides fiat, conclusio ipsa se nobis

sponte

ſponte offert, quod nempe ſit vera et proprie dicta probatio. Vnde delatio iuramenti omnes *proprietates probationis* aſſumere debet, et a probatione ad illum valide argumentari licet. Quicquid enim de probatione in genere prædicatur, de qualibet quoque probationis ſpecie debet prædicari, ergo etiam de iuramenti delatione, CARPZOVIO *p. 1. c. 12. def. 9. n. 4.* iudice, ceu infra *§. XX. in f.* ex reſcripto regio euidentius declarabitur.

§. XI. Inde variæ ſequuntur concluſiones, quorum potiores in ſcenam producam. (I) Hinc ratio reddi poteſt, quare de *iure communi* ante ſententiam ſuper probatione interlocutoriam non neceſſe ſit iuramentum deferre. Is enim, cui probatio incumbit, regulariter ante litem conteſtatam et ſubſecutam ſententiam huic ſe ſubiicere non tenetur; *c. 3. X. de ſucceſſ. ab inteſt.* ignorat enim adhuc, quid et quantum ab aduerſario fuerit negatum, adeoque quid probandum ſit a iudice per ſententiam determinari debet *t. t. X. vt lite non conteſtat. non proced.* Denique cum iudici fides fieri debeat, huic quoque in caſu dubio incumbit, ut actum probatorium dirigat, et cuinam litigantium probatio ſit imponenda, definiat. vid. *Intr. ad D. tit. de prob. §. 3.* Cum itaque iuramenti delatio ſit ſpecies probationis, immo probatio ipſa, hæc quoque ante ſententiam de probatione interlocutoriam de iure communi non neceſſario facienda, quæ etiam ſancita repetiuntur in *ord. canc. Hannov. tit. 19. §. 1. verſ.* Wann der Beklagte.

Ante ſententiam interlocutoriam iuramentum non eſt deferendum.

§. XII. Multo minus (II) *ante litis conteſtationem* iuramentum de iure communi neceſſario deferendum eſt. Per litis conteſtationem enim ſtatus controuerſiæ rite formatur, et per hanc demum conſtat, quis probare debeat, et quid pro-

Neque ante litem conteſtatam.

bandum sit, adeoque regulariter antea ad probationem procedi nequit, *c. 1. 2. X. vt lite non contest. non proced.* adeo vt hoc iure probatio ante litem contestatam simpliciter suscepta pro inualida declaretur. *c. 3. X. eod.* Cum itaque in anterioribus euicimus, iuramentum esse speciem *probationis*, hoc quoque ante litem contestatam regulariter non est deferendum. Nihil tamen impedit, quo minus iuramentum mox, etiam in ipso *libello euentualiter* deferri queat, si forsan postea in litis contestatione aliquid negatum fuerit; etenim hæc etiam delatio in antecessum facta effectum demum sortitur post litem contestatam, vbi iam probatio subeunda erat. Atque ita intelligi debet *l. 12. pr. C. de reb. cred.* quod omne iuramentum deferri possit vel *in principio litis*, vel *in medio*, vel *in ipsa definitiua sententia.* In quo differt a *probatione per testes*, quæ maiorem apparatum desiderat, nec absque confusione et turbatione ordinis iudiciarii mox suscipi potest, adeoque nec ante litis contestationem suscipienda est regulariter, nisi super puncto ante litem contestatam incidente probando, quo casu etiam delatio iuramenti quoque erit admittenda, quia ipsa quoque *probatio ordinaria* super eo ante litem contestatam locum habet. In Saxonia vero et alibi, vbi iura Saxonica vigent, ab hac sententia prorsus receditur, contrarium enim sancitum est in *ord. iud. Sax. tit. 18. §. 1.* nam ibi delatio iuramenti fieri debet ante *præstationem guarandæ* et *puram litis contestationem*, alias deferens non auditur, etiamsi hac de causa antea fuerit protestatus, vel delationem sibi reseruauerit. Quod tamen admodum irregulare est, et quasi contra naturam ipsius processus, qui probationem post litem contestatam demum admittit. In *Ordin. Proc. Elect. Sax. nouiss. tit. 18. §. 1.* præterea desideratur, vt statim in libello fiat delatio iuramenti, ex hac adiecta ratione: auf daß Beklagter sich hierunter in Zeiten fassen, und bey der

In Saxonia contrarium est receptum.

Einlassung und Antwort den ihm deferirten Eyd nach Befinden entweder acceptiren, oder referiren, oder auch zur Gewissens-Vertretung sich offeriren könne. Hanc ob causam quoque cautum est, vt reus vel in ipsa litis contestatione vel ad minimum in vltima positione se ad alterutrum declarare debeat; alioquin simpliciter iuramenti praestatio a iudice reo iniungitur. Denique ne quidem necesse est, vt in termino repetatur, sed sufficit in libello factam fuisse. In his tamen foris quoque quaedam dantur exceptiones. Etenim 1.) in causis post litem contestatam incidentibus ac nouiter emergentibus delationem iuramenti adhuc admittunt CARPZOV. *Iurispr. for. p. 1. c. 12. def. 4. n. 4.* 2) Si lis nondum pure, sed tantum *euentualiter*, est contestata, iuramenti delatio adhuc in saluo est secundum *ius Sax. commune*; CARPZOV *cit. loc.* BERLICH. *p. 1. concl. 29. n. 59.* nam ius electorale nouissimum praecise *in libello* desiderat delationem iuramenti. Haec tamen 3) post litem contestatam adhuc merito conceditur actori super replicationibus suis; per replicationem enim eliditur *exceptio rei. pr. inst. de replicat.* Cum itaque ante litis contestationem non semper constet, qua vti velit reus exceptione, super replica quoque ante illam iuramentum non potest deferre actor. BERLICH. *cit. loc. n. 66. seqq.* Idem adhuc prouisum in *ordin. elect. process. emend. tit. 18. §. 2.* So ist auch zwar Klägern über die replic, da sie der Klage nicht bereits inseriret, also nicht pars libelli worden, der Eydes delation bey dem Beweiß und denen dahin gehörigen articulis elisiuis sich annoch zu gebrauchen unbenommen, es soll aber solches also bey den Beweiß-Articuln geschehen rc. quia reuera est *pars probationis*, et sic eo tempore facienda, quo ipsa probatio. In *Elect. Br. Luneb.* exstat constitutio nouissima, *Iustitz-Reglement* dicta quae iuramenti delationem statim *in libello* fieri debere praecipit, quamquam de poena praeclusionis nihil caueat: ex quo illud

in

in praxi non receptum fuisse testatur B. PVFENDORF. in *proc. ciu. p. 3. c. 5. §. 12.* quod indicium probet, aduocatos non posse adstringi ad regulas processus, ad quod tamen merito adstringendi essent.

Vltro properans ad probationem vsque ad conclusionem iuramentum deferre potest.

§. XIII. In quibusdam locis (III) extra Saxoniam in praxi est vsitatum, vt is, qui animaduertit sibi probationem incumbere, statim ad hanc properet, non expectata desuper sententia iudicis interlocutoria. Quod licet cum regulis processus *bene instructi* in plurimis locis non adeo conueniat, cum probatio et terminus probatorius, quo probatio absolui debet, per sententiam litigantibus *regulariter* sint imponenda, ad hoc tamen actori proficit, vt probatio eius liberior fit, nullis adstricta vinculis termini probatorii, quod etiam ius commune admittit *l. 12. pr. C. de reb. credit.* Etenim hoc casu vsque ad *conclusionem in causa* semper probatio litigantibus integra est per *c. 15. et 36. X. de testib.* Conclusio in causa in his foris demum terminum constituit, post quem nullae amplius probationes admittuntur. Iam vero iuramenti delatio est species probationis; ergo haec in his casibus vsque ad conclusionem in causa quoque est admittenda. Atque in hunc sensum accipienda esse verba *l. 12. pr. C. de reb. cred.* prorsus existimo, quae declarant, posse deferri iuramentum vel in principio litis, vel *in medio*, vel in ipsa definitiua sententia.

Suscepta probatione per testes, iuramenti delatio adhuc integra est

§. XIV. Hinc quoque fluit, quod (IV) is, qui intentionem suam per testes probare instituit, nouam semper probationem priori addere possit. Quamdiu enim iudici non plenissima fides facta, semper hoc adhuc fieri debet, si nullus terminus probationi est praescriptus. Cum vero delatio iuramenti iudici plenissimam fidem facere possit, hoc quoque adhuc

adhuc aduersario deferri potest, licet probatio per testes iam sit suscepta. Nullo enim iure hoc facere prohibetur, et quamuis SALYCET. in *l. 11. C. de reb. cred.* PETR. HEIG. *p. 2. qu. 2. n. 23.* MEVIVS *p. 3. dec. 201. n. 4.* contrarium adstruentes prouocent ad *l. 11. C. de reb. cred.* haec tamen lex de casu loquitur, quo iuramentum delatum, postea vero illud reuocatum, suscepta probatione per testes vel documenta; quo facto iterum deferri nequit. Neque ratio, quam proferre solent, vllius est momenti, quod quando alicui aliquid concedatur vna via, hoc ipsum altera denegari videatur per *l. 12. D. de iudic.* cum hoc non sit vniuersale, sed tantum tunc admittendum, si quid ex pluribus alicui expresse prohibitum sit, quod de hoc casu dici nequit. Accedit, quod IMPERATOR in *l. 11. cit.* expresse contrarium disponat atque concedat, viam probandi per delationem iuramenti susceptam mutare, et ad aliud genus probandi confugere, et quod secundum *l. 12. pr. C. de reb. cred.* probationem ampliare, non coangustare voluerit, quod tamen fieret, si suscepta ordinaria probatione non amplius integra esset iuramenti delatio.

§. XV. Vnde (V.) facile decidi potest quaestio, vtrum actor animaduertens, se plane nihil per testes probasse, termino probatorio non praefixo, ad iuramenti delationem recurrere possit? Iudici videlicet est facienda fides; quo tamen modo hoc fiat, iudici et aduersario perinde esse debet; neque enim suscepta probatione per testes, aduersario ius quaesitum est, vt tantum hac, non alia probationis specie vti debeat. Neque lex, quod actore non probante reus absolui debeat, huic assertioni obstat, quae hoc est accipienda sensu, si actor plane nihil probauerit, cum tamen hunc defectum supplere adhuc

Probationi per testes potest renunciari et iuramentum deferri.

adhuc possit per *delationem iuramenti*, quæ æque est *probationis* species, ac quidem per testes suscepta, cui prorsus renunciare potest, et pro hac delationem iuramenti eligere, per *cit. l. 11. C. de reb. credit.* Atque hoc eo minus dubium esse potest, cum delatio iuramenti voluntarii fieri possit, nulla prorsus antecedente alia probatione per *l. 31. pr. D. de iureiur.* et *l. vlt. C. de fideicomm.* Et quamuis MEVIUS *part. 6. dec. 405.* distinguat, censeatque si reus *præsumtionem* pro se habeat, iuramenti delationem non esse admittendam; si vero actor præsumtionem pro se habeat, tum iuramentum adhuc deferri posse; hæc tamen distinctio parum roboris habet, cum etiam, nulla delatione facta, iudex vel actori vel reo iuramentum hoc casu deferre debeat, multo magis ergo integrum actori erit, iuramentum deferre.

Cui melior probatio iniuncta, iuramentum deferre potest.

§. XVI. Inde quoque euenit, vt (VI.) in his locis, vbi partes vltro properant ad probationem, reus rarius definitiue absoluatur, si actor non plene probauerit, sed tantum sub hac conditione: *nisi actor intra certum terminum meliorem attulerit probationem.* Hoc casu vero ei demum *terminus probatorius* præfigitur, ne in infinitum probationes producat, sed ad certum terminum hoc modo constringatur. In his itaque casibus iuramentum etiam adhuc deferri potest, etiamsi ei melior *probatio* sit iniuncta; cum enim iuramenti delatio sit probationis species, omnino satisfacit iudicis sententiæ, qui iuramenti delationem facit.

Cui in genere probatio iniuncta, iuramentum potest deferre.

§. XVII. Præterea (VII.) inde recte concludo, illum cui *in genere* probatio per sententiam iudicis iniuncta, iuramentum adhuc deferre posse, si vel maxime facultas illud deferendi non fuerit expresse reseruata. Probatio enim in genere

re

re desiderata omnes sub se comprehendit probationum species, et qui probationem in genere iniungit, nullam harum specierum excludere voluisse videtur. Cum itaque in superioribus euicimus, *iuramenti delationem* esse speciem *veræ probationis*, hæc quoque admittenda est, etiamsi alicui per sententiam simpliciter *probatio* fuerit iniuncta. Neque opus est, quemadmodum nonnulli contendunt, vt hæc potestas deferendi ei sit *reseruata*: nihil enim operatur hæc reseruatio, quod iudex partibus neque iura concedere, neque auferre possit, atque probatio ipsa per iuramentum partibus legibus ipsis sit concessa, (per §. VII.) adeoque hoc quoque ius nemini inuito per sententiam iudicis potest adimi, nec ademtum censeri debet, quod a legibus concessum, et sic nulla indigeat reseruatione iudicis. BERLICH. *part. 1. concl. 33. n. 9.* Hoc quoque expresse permissum est in *Ord. Tribun. Cell. part. 2. tit. 8. Sect. 3. §. 1.* verbis: oder wenn einem oder andern Theile *per sententiam* die *probation* auferlegt worden, bey nächsten Gerichts-Tag den Eyd deferiren. Nec quicquam ponderis habet ratio, qua dissentientes vtuntur, quod per probationem a iudice iniunctam intelligatur *probatio ordinaria*, vti rationes subducit CARPZOV. *part. 1. cap. 12. def. 29. n. 1.* censetque, actorem non posse iuramentum deferre super eo, quod *probandum* est modo ordinario; iudex enim potius prospicere debet, vt litigantibus probatio quæcunque salua maneat, MEVIVS *part. 2. dec. 98. n. 2.* cuius magnus est fauor in iure, vt potius a iudice amplianda quam restringenda sit *l. 12. pr. C. de reb. cred. c. 5. pr. X. vt lite non contest.* Ceterum principium erroneum, quod iuramenti delatio non sit probatio, iam satis in superioribus est refutatum; cum ostensum, probationem per iuramentum in *ciuilibus causis* esse veram probationis speciem, quia per hoc iudici æque fit fides, ac per testes vel alia instrumenta,

 neque

Et si leges probationem desiderant, iuramentum deferri potest. neque vna probationis species excludit alteram. MEVIVS cit. loc. n. 3. Idem quoque dicendum si *leges ipsae* alicui probationem *in genere* iniungunt: cum enim leges ad nullam probationis speciem praecise respexerint, sed probationem tantum *in genere* desiderauerint, nullam quoque speciem, adeoque nec iuramenti delationem excludere voluerunt, nisi expressis verbis certam quandam probationis speciem tantum ex iustis caussis desiderauerint. Exemplum in promptu est in *matrimonialibus*; contra matrimonium enim iuramenti delationem leges prohibuerunt, *c. 2. X. de sent. et re iudicat.* contra sponsalia autem admiserunt. *c. 2. X. de sponsal.* In his ergo casibus iuramenti delatio non admittenda. In Saxonia electorali tamen ab hac regula prorsus receditur, cum enim ibi delatio iuramenti fieri debeat statim *in libello*, post sententiam, qua *probatio* iniungitur, haec non amplius admittenda, si delatio in libello fuerit omissa, quod vltra fori Saxonici trituram non extendendum.

In appellationis instantia iuramentum deferri potest. §. XVIII. Quatenus praeterea in quacunque instantia *nouae probationes* admittuntur, eatenus (VIII.) iuramenti delatio quoque locum habere debet. Cum enim delatio iuramenti sit species probationis per ea, quae in anterioribus probata, nulla ratio reddi posset, cur haec probatio in his partibus iudicii exclusa esse debeat. Iam vero noua probatio admittitur in *appellationis instantia per l. 4. C. de tempor. appellat.* ergo etiam iuramenti delatio. Quod si ergo in prima instantia ob defectum probationis succubuit actor, ad quidnam ei vtilis foret secunda vel vlterior instantia, nisi ei quoque concederetur beneficium, quod appellant: *non deducta deducendi, et nondum probata probandi?* iudex sane secundae instantiae non maiorem ei fidem haberet, quam iudex primae, adeoque iterum

iterum succumberet, nisi *noua probatione* vti posset. Cum itaque satis in iure fundatum sit, in *secunda instantia* nouas probationes adhuc integras esse, nihil obstat, quominus iuramenti delatio ei deneganda sit, cum sit noua probatio. MEVIUS *part. 4. Dec. 5.*

§. XIX. Ex his porro (IX.) fluit, vbi nulla amplius probatio admittitur, iuramenti delationem quoque non esse admittendam. Si enim iuramentum adhuc deferre actor posset, probatio ei quoque esset concedenda, quia iuramenti delatio est species probationis. Exemplum nobis praebet *l. 14. §. 3 C. de non numer. pecun.* vbi IMPERATOR IVSTINIANVS asserit: *Illo videlicet semper obseruando: vt, in quibus permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum: in his nec iusiurandum offerre liceat.* IVSTINIANVS enim in hac lege paulo ante sanciuerat, eum, qui in chirographo confessus erat, se pecuniam mutuam accepisse, intra biennium tantum *exceptionem non numeratae pecuniae* opponere posse, hoc tempore vero praeterlapso, pecuniam simpliciter soluere debere, nulla probatione non numeratae pecuniae amplius admissa. Sic enim *§. 2. cit. loc.* sanciuit, *vt, si hi transacti fuerint, eadem securitas a iudicantibus omnibus modis admittatur: nec ei liceat, qui securitatem exposuit, post excessum memoratorum dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere.* IMPERATOR itaque hic iuramenti delationem ideo excludit, quia nulla prorsus probatio superest. Hac de causa quoque contra apocham post lapsum XXX. dierum iusiurandum deferri nequit obseruante WERNHERO *part. X obseru. 411.* vbi hanc decisionem format: so ist Klägern der *per delationem iuramenti contra apocham* unternommene Beweis nicht zugestattet. Alia exempla praebent processus *cambialis*, et

Praeclusa probandi via praeclusa est etiam iuramenti delatio.

executiuus in Saxonia, contra literas enim cambiales vel instrumentum guarentigiatum, vti vocatur, nulla probatio *altioris indaginis* admittitur, sed debitor aut cambium vel instrumentum recognoscere, aut iurato diffiteri debet, et si recognouit, praecise ad soluendum condemnatur, probatione exceptionis ad *processum ordinarium* reseruata: vnde quoque in his casibus iuramenti delatio non admittitur. Facilius tamen extra Saxoniam secundum regulas iuris communis etiam in causis *executiuis* delatio iuramenti super exceptione reo est permittenda, quod probatio, quae potest fieri *in continenti*, adhuc salua sit, sub qua etiam merito comprehendi debet iuramenti delatio iudice BRVNNEMANNO *ad l. 38. de iureiur. n. 10. sqq.*

Terminus probatorius iuramenti delationi quoque est praefixus.

§. XX. Hinc vlterius (X.) sequitur, terminum probationi in genere praefixum, etiam delationi iuramenti praefixum esse. Terminus enim probatorius *peremtorius* est, ita, vt nulla eo elapso amplius probatio admittatur, nisi quae iam intra hunc in iudicium est deducta, CARPZOV. *part. 1. c. 16. def. 8. n. 3.* BERLICH. *part. 1. concl. 38. n. 80.* et quasi in locum praescriptionis constitutus censetur, PACIAN. *de probat. lib. 2. c. 52. n. 25.* Terminum autem probationi constitui debere, salus reipublicae postulat, ne alias lites in infinitum protrahantur, iudex autem ad sententiam properare non debeat, quamdiu probationi adhuc est locus, MEVIVS *part. 2. dec. 97. n. 3.* cui tamen semper adhuc locus superesset, nisi *certus terminus* praefigeretur, qui ita sit *peremtorius*, vt, nisi intra hunc probauerit, cui probatio incumbit, caussa cadat. Cui enim aliquid permissum est ad certum tempus, eo praeterlapso a facultate id faciendi excluditur. MEVIVS *part. 7. dec. 68. n. 1.* Et hoc legibus quoque cautum reperitur. vid. *l. 13. §. 4. D. de excusat. l. 73. pr.*

D. de

D. de indic. Recess. Deput. Spirens. de 1600. §. *92.* vers. alle *termine praeiudiciales* seynd, *quibus lapsis ius parti quaesitum, quo stante vlterius quasi re integra procedi nequit*, derowegen auch nicht andere neue Zeit mag gestattet werden, et in *Ordin. Canc. Hannou. de 1663. tit. 19.* §. *1.* vers. so gleichfals jederzeit *praeiudicial* seyn soll; et vers. *sub poena praeclusionis* binnen solcher Zeit gesühret et *tit. 20.* §. 2. vers. nach verflossenen *termino* aber dem Beweis-Führer andere oder mehr Zeugen anzugeben nicht zugelassen werden. Cum itaque omnis probatio intra hunc terminum absolui debeat, vt nequidem *melior probatio* iniungi queat, delatio iuramenti quoque intra hunc terminum est facienda, quia est probationis species. Quodsi post terminum hunc iuramenti delationem adhuc admittendam esse constituendum foret, ille profecto redderetur inanis et nullius momenti, cum ei, cui probatio, termino elapso, est ademta, adhuc *probatio per iuramentum* in saluo foret, quod tamen contra naturam termini foret probatorii. Neque asseri potest, tantum probationi per testes et documenta, quae prolixiorem apparatum desiderat, praefigi, quia talem restrictionem non admittit generalis termini probatorii praefixio, intra quem iudex omnem probationem suscipiendam esse iubet, nulla specie exclusa. Et quamuis BRVNNEM. *in C. ad l. 12. n. 14. de reb. cred.* CARPZOV. *part. 1. c. 12. def. 1. n. 1.* BERLICH. *part. 1. concl. 29. n. 54.* aliique contrariam tueantur sententiam asserentes, delationem iuramenti de iure communi fieri posse *quocunque tempore vsque ad sententiam definitiuam*, si vel maxime terminus probatorius fuerit praefixus, hi tamen confundunt probationem, cui *nullus* plane *terminus*, prout de iure communi olim vt plurimum contingebat, praescriptus, de qua iam §. XIII et XIV. locuti sumus, cum probatione, quae ad hunc terminum est adstricta. Atque hoc modo abutuntur cum BRVNNEMANNO *lege 12. pr. C. de*

de reb. cred. quæ per rerum naturam de *termino probatorio lapso* intelligi nequit, quod alioquin non foret peremtorius. Contrarium euidenter liquet ex *l. 14. §. 3. de non numer. pecun.* vnde recte collegit CASTRENSIS, obseruante BRUNNEMANNO *ad cit. l. 14 n. 11.* delationi iuramenti post lapsum terminum probatorium non esse locum; et quamuis BRUNNEMANNUS ab eo recedat atque existimet, hic adesse specialem rationem, (1) quod creditor pro se habeat confessionem aduersarii: (2) lapsum temporis et (3) debitor habuerit hoc priuilegium, quod intra satis amplum temporis spatium potuerit probationis onus, contra confessionem suam, in aduersarium deuoluere, hæc tamen omnia magis cerebrina quam solida sunt. Nam quoad (1) etiam intra biennium eandem confessionem pro se habet, et tamen admittitur *delatio iuramenti*, quia probatio exceptionis integra est. Quoad (2) lapsus temporis recte excludit delationem iuramenti, quia omnem probandi viam denegat. Quoad (3) vero debitori nullum priuilegium hic concedo, nisi instrumentum indiscretum, et omni causa debendi destitutum sit; *l. 29. in f. de probat.* quo casu creditor *causam debendi* probare debet; alioquin debitori incumbit probatio, qui etiam iuramenti delatione vti potest. *l. 13. C. de non numer. pecun.* ZOLLIUS in *tr. de except. non numer. pecun.* Confirmabo hanc, quam plenius asserui, sententiam egregio rescripto Regio de anno MDCCXIV. d. XXVII. Ianuar. wegen des §. 40. der allgemeinen Justitz-Ordnung de termino probationis in *corpore const. March. p. II. s. 1. n 132. p. 549.*

Friederich Wilhelm, König in Preussen ꝛc. Unsern ꝛc. Wir haben uns vortragen lassen, was ihr wegen des bey denen Processen zu führenden Beweises untern 20sten huius allerunterthänigst berichtet und angefraget. Nachdem nun nicht allein der §. 40. der

der allgemeinen Justitz-Ordnung vom 21. Iunii p. a. wie in principio huius §. zu ersehen, general und durchgehends auf die *materiam probationum* gerichtet ist, ungeachtet darin hauptsächlich des Beweises per testes deshalb gedacht wird, weil derselbe gemeiniglich grosse Weitläufftigkeiten mit sich führet, und also vor allen andern Probationen einer Einschränckung bedarf, sondern auch unsere allergnädigste Intention bey Verfassung der allgemeinen Justitz-Ordnung bekantlich dahin gegangen, daß überall die Processe und Termine abgekürtzet werden sollen; also ist wohl gewiß, daß obgedachter §. 40. sich auch auf die *probationem per iuramenti delationem* erstrecket. Denn nachdem darin der terminus probatorius ratione des Beweises durch Zeugen auf 4. Wochen restringiret wird; so hat solche Restriction um so viel mehr bey delationen der iuramentorum stat, da bey jenem verschiedene præparatoria, um sich darzu anzuschicken, vorher gehen müssen, bey dieser specie probationis aber nur schlechterdings die delatio, welche keine Zeit erfodert, geschiehet, mithin ist in hoc casu secundum nostram intentionem a potiori ad minus zu argumentiren, weshalb ihr euch dann in iudicando darnach gehorsamst zu richten habt. Gegeben Berlin den 27. Ianuarii 1714.

An

das Cammer-Gericht.

§. XXI. Terminus tamen probatorius in fauorem litigantium probationi est præscriptus, vt, nisi alter intra hunc probet, alteri inde ius quæsitum acquiratur. Iure vero suo quæsito quilibet renunciare potest per *l. pen. C. de pactis*; vnde cum consensu partis aduersæ probatio post lapsum terminum quoque recipitur. BERLICH. *p. 1. concl. 40. n. 6.* MYNSING. *cent. 1. obs. 71.* *Volente aduersario iuramentum post terminum deferri potest.*

obs.71. Hinc etiam (XI.) delatio iuramenti post terminum probatorium adhuc admittenda erit cum voluntate aduersarii. Voluntas vero vel *expressa* vel *tacita* esse potest. Posterius fit, si vel huic delationi non contradicit: vel probationem pro exoneranda conscientia suscipit, vel iuramentum refert. Quae cum sint facta, quibus voluntas *tacita* erui potest, tacite quoque suo iure renunciasse videtur, quoniam non contradicit, cum tamen contradicere debuisset. CARPZOV. *p. 1. c. 12. def. 18. n. 4.* Ergo in his casibus iuramenti delatio adhuc admittenda, et recte tum affirmari potest, iuramentum habere vim *transactionis*.

Contra lapsum termini restituti, iuramentum deferre possunt.

§. XXII. Quibus beneficium restitutionis in integrum contra lapsum terminum probatorium est concessum, illi quoque (XII.) iusiurandum adhuc deferre possunt. Restitutio enim hoc casu conceditur non aliam ob causam, quam vt probatio iis, qui per eam, intra terminum, omissam laesi erant, adhuc integra maneat. Haec tamen iis integra non foret, nisi quoque iuramentum adhuc deferre possent.

Ex qualitate causarum post terminum probatorium iuramentum admittitur.

§. XXIII. Ex qualitate causarum nonnunquam non adeo stricte inhaerendum termino probatorio, vt probatio postea simpliciter sit amputanda. Si nempe salus reipublicae magis postulat, vt probatio alicui salua sit, quam vt per ademtam probationem lites rescindantur. Collisio enim tunc oritur, cum his regulis simul satisfieri nequeat, quo casu semper id, quod aequius meliusue, eligendum. Vnde (XIII.) si ex singulari qualitate causae non adeo stricte inhaerendum termino probationi praefixo, iuramenti delatio quoque admittenda. Sic reipublicae interesse, vt mulieribus dos salua maneat, POMPONIVS ait in *l. 1. D. solut. matrim.* et magnus semper in

in iure Romano reperitur fauor dotis, ne pereat, quod olim absque *dote* nubere non possent feminae, quarum nuptiae tamen ex lege Papia Poppaea promouendae omnino erant. Hunc fauorem conseruauit ius canonicum vel potius repetiit in *c. f. X. de sent. et re iudic.* vnde et interpretes hodierni eundem regustarunt, licet fundamentum fauoris primarium hodie deficiat, indeque collegerunt, facile eam perire posse, si probatio dotis illatae mulieribus ob neglectum terminum probatorium adimeretur. CARPZOV. *p. 1. c. 16. def. 18.* Eadem est ratio in *caussis matrimonialibus* item in *criminalibus*, quae non sunt *priuati*, sed potius *publici praeiudicii*, vt terminus probatorius non adeo stricte obseruari debeat; magnum enim inde litigantibus oriretur praeiudicium, adeoque in his casibus iuramenti delatio etiam termino probatorio elapso est admittenda, sicuti ipsa probatio salua est, obseruante BRVNNEM. in *iure eccles. lib. III. c. 4. §. 12.*

Relatio iuramenti post terminum probatorium fieri potest.

§. XXIV. Is, cui iuramentum est delatum, electionem habet, vtrum iurare, an contrarium probare? aut iuramentum referre velit. Si vltimum elegerit (XIV.) ad terminum aduersario in iuramento deferendo praescriptum in relatione eiusdem non est adstrictus, cum terminus *probatorius* ei tantum, qui probare debet, sit praescriptus, non vero huic, et relatio quoque vim *reprobationis* habeat, cui terminus probatorius non aeque semper praefixus censendus. In Saxonia aliter cautum reperitur, vbi relatio iuramenti fieri debet ante sententiam, in qua super delatione pronunciatur, *Ordin. iudic. Sax. tit. 18. §. 8.* vel olim ad minimum intra octo dies, vbi iurare iussus se ad praestationem iuramenti offerre debet, CARPZ. *p. 1. c. 14. def. 2. n. 3.* quod tamen fatale per *Ordin. elect. Sax. emend. tit. XVIII. §. 7.* generatim hodie sublatum est.

Reus in delatione iuramenti eodem vtitur iure quo actor.

§. XXV. Reus, opposita quadam exceptione peremtoria, litis contestationi hodie annectenda, intentionem actoris elidere intendens, hanc suam exceptionem probare regulariter est obligatus, *l. 25. pr. D. de prob. l. 9. C. de except.* hinc etiam est, quod reus excipiendo dicatur fieri actor. *l. 1. D. de except.* Vnde quoque (XV.) omnia, quae de actore intentionem suam probante dicta sunt, ad reum applicari debent, scilicet quod ad probandam exceptionem suam iuramenti delatione vti possit, cum haec sit probationis species, neque haec species probationis per sententiam, qua *reprobatio* ei reseruatur, adimi queat, per ea quae §. XVII. sunt proposita, quamuis contrarium in praxi Saxonica sit receptum testibus BERLICH. *p. I. concl. 29. n. 64.* CARPZ. *p. I. c. 12. def. 33. n. 1.* vt iuramenti delatio specifice reprobaturo reseruari debeat. Hinc terminus reprobationi praefixus, huic delationi iuramenti quoque praefixus censendus, quo facto intra hunc terminum delatio facienda per §. XIX. et XX. et in genere reus in probanda *exceptione* sua eodem vtitur iure, quo actor.

Super vno eodemque articulo et probatio ordinaria suscipi et iuramentum deferri potest.

§. XXVI. Cum variae dentur probationis legitimae species, quibus omnibus assensus in iudice erui potest, nemo quoque (XVI.) ad vnicam tantum speciem potest adstringi, exclusis caeteris, et licet *probatio* in genere ei a iudice sit iniuncta, probationem tamen per iuramentum pro hac eligere potest, MEVIVS *part. 8. dec. 9. n. 8.* cum facultas probationum non debeat angustari. *l. 12. pr. C. de reb. credit. l. 21. C. de haeret.* Iudex enim ad sententiam properare non potest, quamdiu ei exacte fides non sit facta, et quamdiu probationi adhuc locus esse potest. Quodsi itaque post susceptam probationem per *testes* forsan non omni exceptione maiores, vel per vnum tantum, de vno litis articulo ei fides plene fieri non possit, adeoque pro-

probationi *perfectio* adhuc desit, de *iure communi* aliam probationem super eodem litis articulo priori superaddere, adeoque insuper et iuramentum deferre potest, vt probatio fiat plena et perfecta. Neque enim dici potest, quod electio vnius modi sit praeclusio alterius. MEVIVS *part. 2. dec. 98. n. 3.* Ergo de *iure communi* recte affirmari potest, quod actor quandoque super vno eodemque litis articulo et probationem per testes suscipere et iuramentum deferre possit. Et quamuis ius *Saxonicum elect. tit. 18. §. 3.* hoc non admittat, nisi vnus idemque articulus diuersa momenta contineat, vel si factum ipsum per testes probare, super adiecta *qualitate* autem probaturus iuramentum deferre malit, quod etiam defendit CARPZOV. *part. 1. const. 12 def. 29.* cum aliis, ex ratione: quod, vbi ordinaria detur probatio, iuramentum cessare oporteat, haec tamen ratio ad ius Saxonicum est restringenda, in se autem admodum fallax est, cum probatio ordinaria nonnunquam *plenam* in iudice *fidem* excitare non valeat, et sic plena probatio dici non possit. Si autem talis probatio sufficiens esset, ad plenam fidem iudici faciendam, tunc demum omnino superuacaneum foret iuramentum, et sic merito exulare deberet, quamuis *euentualis delatio*, si forsan testes nihil probauerint, vel parum deposuerint, de iure communi non foret excludenda.

§. XXVII. Per iusiurandum iudici fides fieri debet, quod nempe iurans sub inuocatione numinis diuini veritatem dicere velit. Si itaque (XVII.) is, qui iuramentum alteri detulit, *in continenti* ante terminum iuramenti praestationi praefixum probare potest, alterum sub inuocatione Dei scienter periurium esse commissurum, hic ad iuramenti praestationem non est admittendus. Finis enim, qui per *iuramenti praestationem* intenditur, tunc obtineri nequit, qui est, vt probetur; *Probato metu periurii, iuramentum non est admittendum.*

 mox

mox probato ergo periurio, probatio quoque deficit, iudex enim ei assensum præbere non potest, qui iurare paratus est, cum hic assensus per *probationem periurii* alterius prorsus elidatur. Cum igitur tale iuramentum euidens delictum in se contineret, iudex hoc præcauere debet, immo cum iuranti fides amplius haberi non posset, nec illud admittendum est, sed iudex curare debet, ne nomen Dei profanetur.

Pacto probationem in se recipiens, iuramentum potest deferre.

§. XXVIII. Qui pacto vel transactione probationem in se recepit, (XVIII.) *iuramentum* adhuc alteri deferre valet. Est enim delatio iuramenti probationis species, et dum generaliter tantum probationem recepit, iuramenti delatio ei per tale pactum non videtur esse ademta, sed per hanc æque probare potest, ac per aliam speciem probationis. MEVIVS tamen *p. V. dec. 17.* dissentit, ex ratione, quod pacta stricte sint interpretanda, et sub voce *probationis* ex intentione partium hoc casu iuramenti delatio non sit accipienda. Sed prior ratio admodum fallax est, nec verba in pactis captanda aut tam stricte accipienda, vt, quod sub genere comprehenditur, excludant: neque ex intentione partium hoc præcise erui potest, nisi aliunde ex verbis colligi queat, delationem iuramenti esse exclusam, et præcise *probationem per testes* vel *documenta* electam, quod forsan compaciscens iuramenti præstationem horreat. Quocirca ad *intentionem paciscentium* in tali pacto est respiciendum, quæ in *susceptione probationis* huc etiam directa esse potest; vt scilicet is, qui præsumtionem iuris pro se habet, adeoque ad probandum haud adstringi potest, MEVIVS *p. 4 D 355 n. 11.* per tale pactum *probationem* in se recipiat, quæ quoque intentio naturæ huius pacti plerumque est conformior, et in receptione probationis semper, vel vt plurimum, præsupponi debet, quod vel antea ad probandum non fuerit obligatus,

gatus, vel quæstio de probatione ambigua sit, veluti super exceptione *non numeratæ pecuniæ*, (alias enim tale pactum foret inutile) et ita iuramenti delatio in hoc casu quoque admittenda.

Iuramentum delatum re integra pot. st reuocari.

§. XXIX. Qui iuramentum aduersario detulit, (XIX.) re adhuc ingra ex *nouiter repertis instrumentis* ad aliam probationis speciem transire potest. Nemo enim præcise adstrictus est ad vnam probandi speciem, sed ab vna ad aliam variando descendere potest. MEVIVS *p. 8. dec. 9. n 8.* Hæc facultas ei quoque per leges expresse est concessa in *l. 11. C. de reb. cred.* Modo *(a)* fiat adhuc re integra, hoc est, intra terminum probationi præfixum, quia post huius lapsum, nullæ aliæ probationes admittuntur, quam quæ intra illum in iudicium sunt deductæ per §. XX. *(b)* antequam iuramentum delatum ab aduersario fuit acceptatum, vel relatum, a iudice vero approbatum, quia per hanc acceptationem vel relationem accedente decreto iudicis ei nascitur ius quæsitum, quasi ex transactione, *l. 31. D. de iureiur.* quod ei inuito, nisi probato in continenti periurio, adimi nequit. Sed postea quam hoc semel reuocauit, et ad alias probationum species transfugit, iterum iuramentum deferre non potest, per *l. 11. C. de reb. cred.* hæc enim reuocatio *renunciationis* vim habet, ad renunciata vero non datur regressus. MEVIVS *p. 3. dec. 201.* Ipsemet IVSTINIANVS *cit. l.* hoc confirmat, aitque: *satis enim absurdum est, redire ad hoc, cui renunciandum putauit, et cum desperauit aliam probationem, tunc denuo ad religionem conuolare.* Cum itaque hanc viam sibi ipse elegerit reuocans, sibi habeat si in probatione defecerit.

Reuocatum tamen iterum deferri nequit.

Quando heredibus iuramentum credulitatis deferri queat.

§. XXX. Aduersario, cui delatum est iusiurandum, ante præstationem mortuo, an (XX.) heredibus iuramentum adhuc deferri queat, distinctione opus est. Si enim defunctus

iurare

iurare iussus iuramentum iam acceptauit, et ad præstandum paratus decesserit, atque ita morte sua, quam magni animi constantia atque fiducia in meritum Christi subiit, confirmauit, *quandoque*, et sic *extra ordinem*, iuramentum pro præstito habetur, neque heredes ad iuramentum præstandum obligantur, MEVIVS *p. 7. dec. 238.* vbi tamen multa desiderari recte censet STRYKIVS *de morte loco iurisiurandi.* Quæ cum ita sint, non sine ratione generatim in *emend. ordin. processf. elect. Saxon. tit. 18. §. vlt.* hoc sublatum. Si vero ante acceptationem vel etiam acceptato iam iureiurando decesserit, nec circumstantiæ ita comparatæ sunt, vt iuramentum pro præstito haberi debeat, heredes omnino ad iuramentum *credulitatis* admittendi. Cum enim hoc casu probatio per mortem aduersarii fuerit interrupta, hæc quoque actori adhuc integra esse debet, quia alias ei citra suam culpam periret, adeoque ab heredibus iuramentum, si non veritatis, tamen *credulitatis* exigi potest, quia heredes probabilem rerum a defuncto gestarum ignorantiam habere dicuntur, *l. 42. D. de reg. iur.* adeoque hi tantum regulariter de credulitate iurare cogendi sunt. MEVIVS *p. 7. dec. 238.* CARPZ. *p. 1. c. 24. def. 7.*

Conclusio. §. XXXI. Plura adhuc alia his superaddi potuissent, si temporis ratio id permisisset. Sufficiat præcipua huius materiæ capita pro virili pertractasse, cum cætera, quæ adhuc addi potuissent, quilibet ex principiis positis facile colligere queat. Sicuti vero iudex benignus et æquus, ea quæ desunt aduocatis partium, ex officio supplet, ita pariter imploro cuiusuis B. L. officium, vt quæ ei in hac dissertatione deesse visa fuerint, sua benignitate, qua conatus eorum, quibus iurisprudentiam illustrare gestiunt, beneuole suscipiunt, largiter suppleat, vel ad minimum dissensum æquo animo ferat.

EXERCITATIO

EXERCITATIO XLVIII.

AD LIB. XII. PAND. TIT. II.

DE

VSV IVRAMENTI PVRGATORII

IN

CRIMINALIBVS.

ARGVMENTVM.

§. I. Instituti ratio II. iuramenti purgatorii indoles. III. Recensio doctorum, qui eius vsum in criminalibus damnant. IV. V. Argumenta eorum, qui eundem tuentur. VI. Nullum eius in iure ciuili praesidium, VII. sed vnice in iure Canonico. VIII. Vsus eius apud plurimas gentes. IX. X. Purgatio per duellum. Iudicium diuinum in ea quaesitum. XI. Aliae purgationum species ex hoc principio receptae. XII. Opinio de iudicio diuino in iuramento. XIII. XIV. Origo iuramenti ad reliquias martyrum. XV. Rationes, ex quibus clerici admissi ad iuramentum purgatorium. XVI. XVII. Gregorii M. eiusque successorum studium in eius vsu promouendo. XVIII. Leonis III. constitutio de eodem. XIX. Sequiorum temporum praxis. XX. De compurgatoribus. XXI. De eorum numero. XXII. De eorum vsu in iure feudali et Saxonico. XXIII. Iuramentum purgatorium tam in Recessibus Imp. approbatum, XXIV.

XXIV. quam in legibus prouincialibus. XXV. De eius vsu in criminalibus. XXVI. Ratio solemnium in eo adhibendorum. XXVII. De religione iudicis in eo decernendo. XXVIII. An decerni queat ante responsionem rei ad articulos.

§. I.

Vsus huius thematis.

Insignis est *iuramenti purgatorii* vsus hodie in criminalibus, forensi teste praxi, quæ vnde ortum traxerit, et in quo fundata sit, non adeo liquidum apertumque est. Forsan vero inutile ineptumque erit, in *fundamentum iuris* inquirere, cuius *existentiam* nemo in dubium vocat. Sufficere fortasse videtur, iuramentum hoc in criminali praxi esse medium eruendi veritatem, æque vt *torturam* et *territionem*. Secundum hanc sententiam quotidie ius dici: denique vsum, obseruantiam, communemque doctrinam præsidium tutissimum huic praxi præbere. Ita vero philosophantur, quibus volupe est, iurisprudentiam reddere lubricam, incertam, hiulcam et prorsus deformem. Etiam vsus atque obseruantia *fundamento* iuris niti debet, alioquin vim nullam operari potest. Quod enim primum *errore* receptum, deinde *consuetudine* obtentum, in aliis similibus haud obtinebit. *l. 39. de LL.* Non itaque *ἄτοπον*, me iudice, erit, in fundamentum huius vsus, deferendi reo hoc iusiurandum sui purgandi causa, inquirere, natalesque eius tanquam fontes et venas aperire, quod hac dissertatione efficiam expediamque.

Indoles iuramenti purgatorii.

§. II. Iuramenti *purgatorii* indoles non adeo in obscuro est. Defertur id reo, et quidem a iudice, *ex officio*, ad se purgandum a *suspicionibus*, quibus grauatus est; quo præstito absolui

abſolui debet. *Neceſſarium* hoc iusiurandum vocant, quod non dependeat ex *delatione litigantium*, ſed ex *iudicis decreto* et *impoſitione*. Inuito ergo etiam defertur, immo et inuito aduerſario. Quid illud, poſtquam delatum eſt, præſtare renuit, pro confeſſo habetur, atque condemnatur. De hoc iuramento itaque quæritur, vtrum eidem locus ſit, ſi criminaliter de crimine agitur, ad hunc effectum, vt poſt eius præſtationem abſolui, poſt recuſationem vero condemnari debeat? et ſi locus eſt, (id quod fora criminalia hodie calculo ſuo atque ſuffragio profitentur) quo iuris fundamento hæc admisſio nitatur? Vtrum *certo iure* conſtet, an vero *error* ei inſeruiat? **Status controuerſiæ.**

§. III. Non deeſſe enim inter ICtos grauiſſimos, huius ſententiæ, quæ vſum hunc damnat, reiicit, reprobat, auctores patronosque, ante omnia oſtendam, vt ſimul ob oculos ponam, non ſine ratione fundamentum huius vſus in dubium vocari. Iam olim hæc quæſtio magnis animi motibus agitata fuit inter MARTINVM et IOANNEM antiquiſſimos gloſſatores, illum eius vſum prorſus reprobantem, nulloque iuris fulcro niti aſſerentem; hunc vero in contrarias euntem partes, cuius ſententia præualuiſſe videtur. ANTONIVS MATTHAEI *de criminibus lib. 47. tit. vlt. c. 1. n. 6. in f.* itidem MARTINI doctrinam recipit, et, *neque enim*, ait, *in cauſis criminalibus rei exacto iureiurando interrogantur; tametſi id Italiæ totius conſuetudine obtinuiſſe teſtentur; neque honeſtum eſt aut pium ſatis, iuſiurandum deferre ei, quem ſciamus peieraturum eſſe, vt recte c. qui exigit. C. 22. q. 2. traditur. Quid enim proficiemus aliud, niſi vt crimen crimini adiiciatur, quique iam reus homicidii aut furti eſt, adiungat etiam ad priora ſcelera periurium? Itaque ſi delatum fuerit et peierauerit reus, detecto periurio duplici pœna dignum putauerim; et quod peierauerit, et quod crimi-* **Fundamentum huius thematis a quibusdam in dubium vocatur. Vt a Martino. Antonio Matthæi.**

 nis,

nis, cuius insimulabatur, conuictus sit. Prolixius hanc doctrinam illustrauit, variisque argumentis roborauit IO. ZANGER in *Orat.* tract. *de quæstione* subiecta, *de controuerso iuris articulo: vtrum reus in delictis, quæ pro atrocitate vel pœnam sanguinis vel infamiam merentur, sub iurisiurando fide interrogari debeat?* Martini se discipulum sectatoremque in hac doctrina esse profitetur, nec vllum ei præsidium ex SS. literis adesse censet. Inprimis vero vrget, dictum *Exod. XXII, 11.* accipiendum de damno dato, respectu cuius *ciuiliter* agitur, id vero ad *crimina publica*, quæ iudicio publico vindicantur, non extendendum: magnam esse diuersitatem inter caulas ciuiles et criminales: in his metum præsentissimi adesse periurii, nec dubitandum, eum, qui deliquit, vt vitam aut famam redimat, peieraturum, vel suscepto periurio crimen ante patratum negaturum: existimasse sapientiores, illum stulte dubitare de peierando, qui facinus periurio par non dubitasset committere: metu pœnæ perturbatum hominem vix vnquam maiorem fidei ad homines habiturum rationem, quam pietatis erga Deum, quem turpitudine sceleris offendere antea non est veritus: iudicem, dum occasionem præstat periurii, socium fieri eiusdem periurii: non esse hoc adeo necessarium, vt omitti non possit aut debeat, cum nec lex Dei, nec humana id exigat, adeoque iudicem contra legem hoc iuramentum imponere: tutius iudicem facere, si nocentem dimittat, quam permittat, vt nomen Domini vane vsurpetur: esse præterea hanc delationem admodum periculosam intuitu eius, qui deliquisse dicitur, quem si iurare recusat (quod forsan ab omnis iuramenti præstatione alienus sit) omnes condemnandum censent, id quod crudele censendum: hoc modo tædio vitæ reum iuramentum recusare posse: ceterum iurantem minime innocentiam propterea ostendere, cum plerique tam impii sint, vt metu

metu pœnæ periurium committant, id quod cum vt plurimum fiat, ab eo, non quod rarius fit, desumendas coniecturas: non obstare vsum forensem; non enim sequendum, quod hominum opinione introductum, sed quod legi diuinæ et humanæ consentaneum est; amicum Platonem, amicum Socratem, magis vero amicam esse debere veritatem. His præmissis argumentis, IOHANNIS glossatoris fundamenta examinat, iisque satisfacit, quæ statim in medium producam.

§. IV. Liquet vero ex dictis, vsum purgatorii iuramenti telis haud spernendis peti, immo vero prorsus destrui atque conculcari. Quid ergo ad hæc IOANNES *Glossator*? quid eius sequaces, vt CARPZOV. *in praxi crim. qu. 116. n. 62.* LAVTERBACH. *tit. de iurei. §. 46.* aliique? Prouocant ad varios iuris ciuilis textus, indeque suæ sententiæ fulcra deriuant. Etenim *lege Cornelia de iniuriis* permittitur actori iusiurandum reo deferre, vt iuret, se non fecisse; condemnatus autem de iniuria non tantum infamiæ, sed alia etiam pœna afficitur; *l. f. D. de iniur.* et consequenter, qui se ipsum condemnat, quod iurare, forsan nolit, recte infamis, censendus et puniendus. Enim vero (1) probari nequit, etiam deferri posse iuramentum in iniuriis, quoties ex lege Cornelia *criminaliter* agitur. (2) Dubitat ZANGER. *cit. l.* cum DONELLO aliisque, vtrum, si ex *iureiurando* vel *recusato* vel *relato* reus condemnatus, infamis fiat? de quo mox mentem declarabo meam, et si vel maxime hic effectus sequatur, inde tamen in criminalibus vsus huius iuramenti non euincitur, quæ ad pœnam atrociorem tendunt. Sed ab vlteriori responsione facile abstineo, cum otium mihi hic fecerit ICtus Belga præstantissimus IOANNES *van de* WATER *lib. II. obs. iur. Rom. c. 10.* vbi etiam sugillat sententiam criminalistarum, quam hic examino, et ait: *In criminibus publicis, si*

Patroni huius iuramenti in criminalibus.

Eorumque fundamentum.

 quando

quando ab vtraque parte sunt dubia probationum argumenta, opinantur, reo a iudice iusiurandum, quod barbare vocant purgationum, deferri posse, quo se a crimine liberet, suamque innocentiam iudici persuadeat. Habuit haec sententia autores Castrensem, Bartolum, Iasonem aliosque, quorum ingenia inculta et obscura sequioris aeui barbaries obnubilabat. Ceterum quod in *l. 9. §. 2. de iurei.* aliisque etiam condemnationi ex iureiurando effectus infamiae tribuatur, id ex *voluntate* rei factum videtur. Quid enim, si actor in causa famosa iuramentum reo *detulerit*, ille vero actori *retulerit*, atque hic iurauerit? Merito sua propria voluntate, aeque ac is qui paciscitur, fit infamis. At vero inde non arguendum, etiam eum infamen fieri, qui a iudice delatum iuramentum praestare recusauit, quoties *ciuiliter* agitur. Nam etiam de causa ciuiliter mota intelligendus VLPIANVS in *l. 3. §. 4. de his qui not. infam.* vbi ita: *sed et si iureiurando delato iurauerit quis, non deliquisse, non erit notatus, nam quodammodo innocentiam suam iureiurando approbauit.* Loquitur ICtus *de iureiurando delato* ab actore, quod ad causas *criminales* trahi nequit, in quibus iuramenti delatio regulariter cessat. Effectum praestiti iuramenti quoque ostendit, quod *quodammodo* innocentiam suam iureiurando approbauerit, vnde euincitur, per iuramentum innocentiam plene ostendi atque probari non posse, quod tamen in criminalibus desideratur.

Noua argumenta patronorum huius sententiae.

§. V. Grauiora supersunt pondera, a ZANGERO ne quidem tacta, in quorum ἐνέργειαν inquirendum erit. Primum desumitur *ex l. 6. §. 4. vers. sicubi C. de his qui ad eccles. conf.* quae in fauorem eorum, qui ad ecclesiam confugerunt, lata, simul tamen prouisum, ne debitorum, profugium in templis quaerentium, bona a clericis abscondantur. *Sicubi*, ait, *depositae*

positae vel commodatae dicuntur, inquirendi talem volumus esse cautelam, vt si sola suspicione apud aliquem adserantur absconditae, de sua etiam conscientia satisfacere auctoritate venerabilis antistitis iubeatur. De *causa ciuili* in hoc textu agi, nemo forsan in dubium vocabit, a qua argumentum ad causam *criminalem* trahere admodum temerarium est. Eadem est ratio *l. f. §. 5. C. de iure domin. impetr. l. f. §. 10. C. de iure delib. l. f. C. de fid. instrum. l. f. §. vlt. in f. de bon. aut. iud. poss. l. 26. in f. C. de vsur.* et tamen hos textus coaceruat CARPZ. *cit. l.* eosque pro imponendo iuramento purgatorio his, qui de crimine suspecti sunt, adducit, qui tamen, si quid probant, tantum euincunt, eidem locum esse in *causa ciuili*. Propius ad rem facit *auth. nouo iure C de poen. iud. qui male iudic.* quae de *corrupto magistratu* agit, disponitque, qua ratione cum negante corruptionem procedendum. *Sed si datum*, ait imperator, *vel promissum probare litigator nequiuerit, persona, quae dicitur suscepisse, iuret, quod neque per se, neque per aliam personam accepit, aut promissionem habuit, et sic libera sit. - - Sed si persona a litigatore manifestata praedictum iusiurandum refutauerit, memoratis subiaceat poenis.* Ad *iuramentum purgatorium* haec referenda esse sole clarius esse videtur, quod etiam agnoscunt RICHTER *ad cit. auth. in f.* STEPHANI *ad nou. 123. n. 2.* indeque plerique inferunt, generaliter merito recipiendum esse in quibuscunque causis criminalibus, quod hic in iudice corrupto *speciatim* constitutum est. De hac doctrina tamen dubitasse iam olim videtur BRVNNEM. *ad cit. auth. n. vlt.* et plura singularia in *hac auth.* occurrere censet. "Id inprimis inter *singularia* referendum, *quod*, vt ait BRVNNEM. *iuramentum iudici deferatur, licet pars nihil probauerit*, quod constitutum esse in odium corruptorum iudicum arbitratur." Addere posses, alias quidem alleganti propriam turpitudinem non credi in praeiudicium

cium tertii, hic vero litigatori fasso, se iudicem corrupisse, eatenus fidem haberi, vt vel iurare, vel pœnas subire teneatur. Id vero ad *iuramentum purgatorium* referri nequit, quod nemini ex *doctrina communi* defertur, nisi indiciis atque suspicione admodum oneratus fuerit. Sola imputatio *socii criminis* neminem grauat; quis autem negaret, *corrumpentem* æque socium criminis fore ac quidem *corruptum?* in pari vtique sunt reatu; et tamen corrumpentis confessio hic operatur, vt iudex iurare, se nihil accepisse, aut pœnam subire debeat. Quæ cum ita sint, quis ex hoc textu colligeret, in genere in criminalibus deferri posse suspicione grauato iuramentum purgatorium? cum quod *singulari iure* et *exorbitanter* constitutum, non sit trahendum ad consequentias, *l. 14. D. de Leg.* sed potius *exceptionem* constituat, *a regula* deuiantem, quod etiam agnoscit ANTON. MATTHAEI *de crimin. lib. 48. tit. 15. c. 6. n. 1. in f.* Denique sicuti iuxta *Nou. 124. c. 1.* litigantes in quauis causa statim ab initio litis iurare debent, se nihil iudici dedisse corruptionis causa, quod iuramentum tamen ad illam speciem, de qua hic agimus, referri nequit; ita pari ratione iudex aliquando *idem iuramentum* præstat, videlicet, si quis ex litigantibus fassus fuerit propriam turpitudinem. Pertinet hoc ad capitula *iuramenti* calumniæ, adeoque ad hoc potius, quam purgatorium dispositio IVSTINIANI referri potest.

Deficit fundamentum in iure ciuili. §. VI. Nullum ergo solidum præsidium pro vsu iuramenti purgatorii in criminalibus ex *iure ciuili* peti posse, hactenus euictum est, quod etiam analogia iuris Romani corroborat. Prætor in edicto, quo iusiurandum tuetur, tantum de *actione*, non *accusatione* loquitur. Addit MATTHAEI *cit. l.* nullum huius rei exemplum apud veteres Romanos legi. Accusatoris enim erat, crimen imputatum probare, et quidem *euidenter*,

denter, perspicue, plene; si crimen probari non poterat, reus dimittebatur, & accusator ex *vinculo inscriptionis* condemnabatur: quandoque tamen in defectu *legitimarum probationum* ad torturam iudex procedebat, si indicia et argumenta verosimilia iudicem mouebant, et personarum conditio id pateretur *l. 8. §. 1. l. 12. C. de quaest. l. 1. pr. §. 4. l. 8. l. 9. l. 18. §. 1. l. f. D. eod.* Ita vero ad iuramentum reus non admittebatur, quod nec accusator ei deferre poterat, nec iudex: non ille, ob metum praesentissimum periurii, et quia tantum in ciuilibus controuersiae per *delationem iuramenti* decidebantur: non iudex, ob easdem rationes, easque, quas supra ex ZANGERI *oratione* in medium protuli, conf. ANTON. MATTHAEI. *cit. c. 7.*

§. VII. Aliunde ergo origo huius moris, ab institutis legum ciuilium alienissimi, peti, simulque ostendi debet, qua ratione tandem in praxin nostram criminalem deriuatus fuerit. Videlicet primarium huius doctrinae fundamentum latitat in *iure canonico*, vnde in leges ciuiles aliorum populorum translata, et legibus domesticis Germaniae tandem approbata est. Quo tempore, quaque lege ecclesiastica demum introductum fuerit, non satis expediri potest. Qui GREGORIVM M. autorem huius purgationis faciunt, recte a CIRONIO *ad tit. de purgat. canon.* notantur erroris; quamuis enim in huius pontificis scriptis saepe numero huius moris sese purgandi per iuramentum fiat mentio, eius tamen vt instituti antiquioris mentio iniicitur, sicuti ante eum quoque PELAGIVS papa sponte eo vsus legitur circa medium seculi VI. Ita enim ANASTASIVS *in vita eius: Eodem tempore Narses et Pelagius papa consilio inito data litania a S. Pancratio, cum hymnis et canticis spiritualibus venerunt ad S. Petrum Apostolum. Qui Pelagius tenens euangelium et crucem Domini super caput suum in ar-*

Vnice ex iure canonico fundamenta huius sententiae petenda.

non tamen Gregorius primus huius iuramenti autor fuit.

cum iam Pelagius eo vsus fuerit.

borem ascendit. Et sic satisfecit cuncto populo et plebi, quia nullum malum peregisset contra Vigilium. Ad hoc remedium haud confugisset papa, nisi iam in morem diu abiisset, sese purgandi per *iuramentum.* Immo iam seculo V. eius vsum hinc inde fuisse, vel ex *legibus Salicis* colligi potest, in quibus vestigia quædam occurrunt, vt fere credam, hoc seculo passim hanc purgationem obtinuisse, non quidem *lege quadam scripta ecclesiastica*, sed magis non *scripta.*

Seculo V. iam in LL. Salicis eius mentio facta.

§. VIII. Hæc res effecit, vt GONZALEZ ad *cap. 16. X. de purgat. canon.* suspicione illa caperetur, genus hoc *purgationis* apud varias gentes inualuisse; qua vero occasione id contigerit, non declarat. Certum omnino atque expeditum est, plures populos hunc morem recepisse; vt Francos, Alemannos, Anglos etc. ceu leges eorum declarant; vtrum vero hi illum ab *ecclesia*, an vero hæc ab illis petierit? non adeo euictum est. Prius probabilius existimo; quamuis enim *lex ecclesiastica* deficiat, quæ primos eius natales tradat, non desunt tamen coniecturæ, ex *doctrina ecclesiastica* hunc morem gentibus commendatum, traditum, atque in praxin deductum fuisse, quia tunc demum in leges forenses receptus est, quo sacra christianorum recepta et publice approbata sunt. Huc sine dubio respexit HINCMARVS, *tom. 1. oper. de diuort. Loth. et Teth. p. 600. et. quæ sacramenti purgatio*, ait, *in ecclesiasticis et in exteris legibus vsitatissima, et de fidei veritate etiam a primis seculis esse constat exorta.* Tribus prioribus seculis ab eius vsu sine dubio abstinuere Christiani, cum ob omni iuramenti præstatione essent alienissimi, censentes, Christianum salua pietate iurare non posse. Ast seculis sequentibus iuramenta passim restituta et a *laicis* exacta: dico a *laicis*, cum *clerici* pristino mori diutius insisterent, et ab vsu iuramentorum abstinerent.

Vsus huius iuramenti apud gentes plurimas.

ex iure ecclesiastico.

teste Hincmaro.

§. IX

§. IX. Videlicet apud bellicosissimas gentes, Francos, Longobardos, Alemannos ceterosque iam dudum in morem abierat, vt duello lites finirent, et innocentiam suam manifestarent. Hæc *monomachia* erat species *purgationis publicæ*, quæ adeo altas egerat radices, vt per plura secula eradicari haud potuerit, dum legibus antiquis non tantum approbata, sed etiam determinata, et vsque ad tempora speculi Saxonici producta, in quo plurima de hoc *duellico iudicio* occurrunt. Non dubitandum est, hunc morem primum moribus gentium bellicosis et ad feritatem pronis adscribendum esse. Memorat VELLEIVS *lib. II. c. 118.* Germanos solitos fuisse lites *armis discernere*, non *iure terminare*, de quo plenius agit BASNAGE *dans son traité historique sur les duels.* Populis hisce ad sacra Christianorum conuersis non desiit vsus *monomachiæ*; interim vt speciem *pietatis* et *iustitiæ* haberet, nouo quodam commento inuolui debuit. *Dei iudicium* in tali certamine agi, creditum traditumque fuit, quod *iusto* suo *iudicio* Deus manifestaret rei veritatem, & ex euentu duelli ostenderet, vtrum reus criminis esset innocens an plectendus? Sub hoc encomio passim in legibus antiquis monomachia approbata et præscripta est. In *LL. Longobard. lib. I. tit. 15. §. 2.* dicitur; *tunc per campionem i. e. per pugnam ad* DEI IVDICIVM *decernatur.* In *lege Burgund. tit. 45. ita vt vnus de iisdem testibus, qui ad sancta conuenerant sacramenta,* DEO IVDICANTE *confligat.* In *LL. Baiuuar. de anno 630. tit. 2. c. 2. apud* BALVZ. *tom. I. capit. p. 101.* eadem traditio repetitur: *Si autem vnus fuerit testis, et ille alter negauerit, tunc* DEI *accipiant* IVDICIVM, *exeant in campo, et cui Deus dederit victoriam, illi credatur.* Similiter *tit. 17. in f. tunc spondeant pugnam duorum et ad* DEI *pertineat* IVDICIVM. Adeo vero hæc sententia communis fuit, vt scriptores passim eius mentionem iniiciant. GREGORIVS Turonensis *lib. VII. c.* 14.

Olim duello gentes bellicosissimæ sese purgabant.

Inter Christianos iudicium Dei sub duello quæsitum.

14. eam his verbis confirmat: *ast si quis est similis mihi, qui hoc crimen impingat, occulte veniat nunc palam et loquatur, tu, o rex piissime, ponens hoc in* DEI IVDICIO, *ut ille discernat, cum nos in unius campi planitie viderit decertare.* Praeter monomachiam etiam alii modi innocentiam purgandi recepti erant, qui itidem sub inuolucro *iudicii* alicuius *diuini* defendebantur, quod inter alios ostendit AGOBARDVS in *libr. de diuinis sententiis digesto cum breuissimis annotationibus contra damnabilem opinionem putantium diuini iudicii veritatem igne vel aquis vel conflictu armorum patefieri.* In compendio GERARDVS du BOIS in *histor. paris. eccles. tom. II. lib. 12. c. 3.* originem moris huius sistit his verbis: *erat scilicet ea existimatio, vt ex Dei iudicio liber criminis videretur, qui sine adustione ferrum candens tangeret immotus et inoffensus in aqua frigida aut feruenti aliquo tempore consisteret, aut partem corporis illaesus mergeret, is quidem mos peruersus a barbaris gentibus dimanauit. Germanis in vsu fuisse Tacitus tradit, et Longobardos eo quoque vsos, leges, quae eorum nomine extant, fidem faciunt. Gundobadus rex Burgundiorum de hoc iudiciorum genere legem tulit. Postquam barbarae gentes inuaserunt imperium Romanum, facile hanc consuetudinem in christianos mores induxerunt; in eam scilicet eo procliuius christiani iuerunt, quod saepius primis temporibus Deus innocentiam fidelium signis manifestis ostenderet.*

immo etiam sub aliis se purgandi modis.

§. X. Quamuis itaque quidam purioris iudicii facile animaduerterent, nullum in his purgationibus *iudicii diuini* vestigium adesse, sed magis opinione quadam erronea damnabilique niti, vt plenius AGOBARDVS *cit. tr.* docuit, plurimi tamen inter ecclesiasticos mori huic sese accommodarunt, immo exemplis suis doctrinisque approbarunt, quod *iudicii diuini* certissimum esset iudicium et argumentum. Hominibus suis seu vasal-

Qua opinio non ab omnibus eiusm reprobata.

vasallis episcopi pugnam committebant, et tunc inprimis ad hoc *iudicium* prouocabant, si *coniuratores* iis deessent. Docet id ipsum exemplum Petri episcopi Verdunensis coniurationis in CAROLVM M. incusati, qui se hoc modo purgauit. In *capitul Francofurd. de anno 794. c. 7. apud* BALVZ. *tom. I. capit. p. 265.* series rei gestæ his refertur verbis: *Definitum est etiam ab eodem Domino Rege siue a sancta synodo, vt Petrus Episcopus contestans coram Deo et angelis eius iuraret cum duobus aut tribus, sicut sacrationem suscepit, aut certe cum suo Archiepiscopo, quod ille in mortem Regis siue in regnum eius non consiliasset, nec ei infidelis fuisset. Qui Episcopus, dum cum quibus iuraret non inuenisset, elegit sibi ipse, vt suus homo ad Dei iudicium iret, et ille testaretur absque reliquiis et absque sanctis euangeliis, solummodo coram Deo, quod ille innocens exinde esset, et secundum eius innocentiam Deus adiuuaret illum suum hominem, qui ad illud iudicium exiturus erat. Et exiuit tamen eius homo ad* IVDICIVM DEI, *neque per Regis ordinationem, neque per sanctæ synodi censuram, sed spontanea voluntate. Qui etiam a Domino liberatus idoneus exiuit. Clementia tamen Regis nostri præfato Episcopo gratiam suam contulit, et pristinis honoribus eum ditauit, nec passus eum est sine honore quem prospexit de proposito crimine nihil male meruisse.* Illustrat id ipsum optime BASNAGE *cit. tr. chap. 14.* cuius verba hic adscribam: *On ne s'est pas contenté d'autoriser les Duels par l'usage, et par les Loix Ciuiles et Canoniques, mais on y a fait interuenir Dieu d'une maniere extraordinaire; et on s'est fait une espece de deuotion de se battre, et de se vanger de son ennemi en le tuant.* *Vt illustrat optime Basnage.*

Tantum religio potuit suadere malorum.

En effet, on faisoit dépendre l'innocence et le droit, de ces combats personnels. Dieu y entroit comme Juge, et on vouloit que

se conformant a la fureur des hommes, il fit tôuiours un acte de iustice exacte, en donnant à l'innocent l'avantage sur le Coupable; on croyoit consulter Dieu, et savoir de lui ce qu'il pensoit de la conduite des accusez et des innocens. Il reueloit par là les crimes secrets et cachez; il deuelopoit les droits incertains de l'Eglise, ou des Particuliers sur certaines terres; il iustifieit par là les femmes contra les soupçons d'un Mari ialoux; il empêchoit le scandale, qui pouuoit naître de la conduite imprudente d'un Ecclesiastique. En vn mot, on croioit, que Dieu exerçoit par des Duels un jugement semblable a celui qu'il exercera au dernier iour du Monde, puis qu'il rendoit à chacun selon ses oeuures.

Hac de indicio diuino in occultis adhibendo nouos modos se purgandi peperit.

§. XI. Opinio haec de *iudicio Dei* in occultis adhibendo, praeter monomachiam similiaque commenta, non potuit non nouos parere modos, voluntatem diuinam eiusque indicium exquirendi, ex ipsa religione desumtos. Admodum enim faciles fuere viri ecclesiastici in permiscendis ritibus *profanis* eum *sacris*, vt vel *sortes Apostolorum*, a sortibus *Virgilianis* et *Homereis* desumtae more admodum profano, indicant docentque. Non dubitarunt veteres probare innocentiam per *eucharistiam* et in ejus sumtione *iudicium diuinum* constituere, vt docet *c. 23. C. 2. q. 5.* et plenius illustrat SCHMIDT. diss. *de modo probandi innocentiam per eucharistiam.* Huic addiderunt etiam *iusiurandum ad SS. reliquias* praestandum, existimaruntque, etiam per hoc patefieri posse *iudicium* ipsius *Dei.* Etenim nemo est, qui ignorat, iam post decursum seculi III. in magna *veneratione* fuisse *reliquias sanctorum*, ex qua non leues abusus prognati sunt. Plura iis miracula adscripta: ingens et fere incredibilis virtus iis tributa, et adeo doctrina publica ad earum venerationem composita fuit, vt non potuerit non sanctissimum quendam horrorem animis hominum imprimere.

veluti per eucharistiam.

et ius iurandum ad SS. reliquias praestandum.

propter miracula reliquiis adscripta.

Inde

Inde paulisper factum, vt in iurisiurandi præstatione reliquiæ sanctorum præsentes essent, vt metu et veneratione earum deterriti homines a periuriis abstinerent, cogitarentque *virtute diuina et miraculosa* per has reliquias *iudicium Dei* manifestatum iri. Neque enim deesse credebantur exempla, diuinitus mox punitorum, qui periurium commiserant: hæc horrorem incutiebant, hæc sæpe mouebant hos, qui probatione conuinci non poterant, vt sponte delicta commissa confiterentur. Hæc doctrina hoc modo semel formata, hominumque mentibus impressa a legislatoribus etiam recepta et in leges Baiuuaricas, Longobardicas aliasque ex doctrina ecclesiæ traducta fuit. *quibus iudicium DEI manifestaretur.*

§. XII. Ceterum quo de hac doctrina eo minus dubium vllum supersit, ostendam I) hanc per iusiurandum purgationem *iudicium diuinum* dictam fuisse, et quidem II) non alia de caussa, quam ex reliquiarum *præsentia* et *virtute*, qua occultissima et secreta *modo miraculoso* manifestari censebantur. Id indicat AVGVSTINVS *epist. 76. nou. edit.* simulque ostendit, suo tempore iam hanc *purgationem miraculosam* in vsu fuisse. Ait: *Nos nouimus, Mediolani apud memoriam sanctorum vbi mirabiliter et terribiliter dæmones confitentur, furem quendam, quia ad eius locum venerat, vt falsum iurando deciperet, compulsum fuisse confiteri furtum, et quod abstulerat reddere.* Vtrumque praeterea illustri loco apud GREGORIVM Turonensem *lib. II. de mirac. c. 19.* confirmari potest. En verba: *Vsque quo vterque contendimus, sub* IVDICIO *omnipotentis* DEI *ponamus. Eamus ad tumulum martyris, et quod sub sacramenti interpositione dixeris, discernat virtus* SANCTI PATRONI. His verbis *iudicium Dei* in interpositione iuramenti quæritur, et quidem ideo, quod ad *tumulum martyris* seu *super altari*, sub quo corpora martyrum olim *Sub iuramento iudicium Dei latitare credebant* *et purgationem miraculosam teste Augustino.*

conde-

condebantur, illud præstitum atque publica traditione inculcatum esset, *virtute miraculosa martyrum atque reliquiarum* continuo periurium punitum et occulta reuelatum iri. Idem tradiderunt patres in *concilio Meldensi de anno 845. c. 39.* apud HARDVIN. *tom. IV. concil. p. 1489.* de periurio eiusque atrocitate ita edisserentes: *tantum namque hoc malum est, vt ad sanctuaria martyrum vbi diuersorum ægritudines sanantur, ibi periuri, licet manifeste interdum vexari non videantur, iusto Dei iudicio a Dæmonibus arripiantur, sicut S. dicit Gregorius: ad horum corpora ægri veniunt et sanantur: dæmoniaci veniunt et a dæmonio vexantur.* Hac de causa iuramentum *verum* et *iustum iudicium*, item *diuinum iudicium* passim appellatum fuit, vt antiquitates docent. GREGORIVS *in c. 1. C. 33. q. 1.* de impotentia coniugali edisserens, desiderat probationem per *iustum iudicium*, id quod *in c. 1. et 5. X. de frig. et malef.* de *iureiurando* accipitur. Ita enim in *cit. c. 1.* *Si probari potest per* VERVM IVDICIVM, *ita esse, vt dicitis separari poteris, ea tamen ratione, vt si post aliam acceperis, reus* PERIVRII *iudiceris.* - - - Per *verum iudicium* hic intelligi *iuramentum*, ipse contextus docet, qui simul *periurii* mentionem facit. Eadem est sententia COELESTINI in *cit. c. 5.* qui de *frigiditate mariti* edisserens, constituit, vt si ea probari non possit, vsque ad triennium cohabitent, *quo elapso, si nec tunc cohabitare voluerint*, (forsan legendum *valuerint*) *et iuxta decretum Gregorii* (iamiam adductum) *mulier per* IVSTVM IVDICIVN *de viro probare potuerit, quod cum ea coire non possit, accipiat alium.* Per *iustum iudicium* hoc loco intelligi *iuramentum*, euidenter ex eo colligitur, quod pontifex præsupponat casum, quo *frigiditas prius probari non possit*, vt verbis eius vtar, quamuis LINKIVS *de iusto iuris canonici iudicio c. 9. n. 9.* aliam quoque probationem hic non excludi, veluti per inspectionem ocularem, existimet, id quod tamen cum

Inde vocatur iustum verum et iudicium.

cum adducto textu non satis congruit. Neque in *cit. diss.* satis accurate in hanc doctrinam de *diuino iudicio* inquisiuit, adeoque probationem quamlibet sub hac appellatione latitare credidit. Denique in *c. 25. C. 2 q. 5. diuini iudicii* occurrit mentio: *Statuit quoque sancta synodus, vt si duo de adulterio accusati fuerint, et ambo negauerint, et orant sibi concedi, vt alter illorum vtrosque diuino purget iudicio, si vnus in hoc ceciderit, ambo rei habeantur.* Non praefracte negauerim, monomachiam etiam hic intelligi posse; interim quia etiam *iusiurandum* hac appellatione venit, nihil prohibet, hanc purgationem etiam *cit. l.* intelligi posse.

§. XIII. Eo grauius autem atque certius iudicium innocentiae ex *iureiurando* desumebatur, quod iurantes haberent ipsos testes martyres, veritatem confirmantes, periuria vero miraculo quodam edito indicantes. Modus antiquus iurandi in casu inculpationis optime traditur in LL. Alemannicis *de anno 630. tit. 6. c. 7.* apud BALVZ. *tom. I. capitul. p. 60. Ista sacramenta debent esse iurata, vt illi coniuratores manus suas super capsam* (aliis *capellam* dictam, in qua reliquiae SS. conditae erant) *ponant, et ille solus, cui causa requiritur, verba tantum dicat, et super omnium manus manum suam ponat, vt sic illi Deus adiuuet vel illae reliquiae ad illas manus, quas comprehensas habet, vt de illa causa, vnde interpellatus est, culpabilis non sit.* Similia traduntur apud MARCVLFVM *lib. I. form. 38. Fuit iudicatum, vt de quinque denominatis idem ille apud tres et alios tres sua manu septima tunc in palatio nostro super capellam domini Martini, vbi reliqua sacramenta percurrunt, debeant coniurare.* Variis idem aliis testimoniis illustrat HIERONYMVS BIGNONIVS *in not. ad form. Marculf. cit. l* apud BALVZ. *tom. II. capitul.*

Id quoque demonstrat antiquus iurandi modus ad reliquias martyrum.

pitul. p. 925. quibus addi possunt, quæ hac de re tradit ECCARD *ad LL. Salicas tit. 51. p. 94.* Tali ritu autem iuramenta præstita fuere, quod persuasissimum haberent, sanctos, ad quorum reliquias iurabatur, mox vindices periuriorum fore. Talem virtutem vt plurimum adscribunt sanctis, qui vitas eorum compilarunt. Id commemorat ALBERTVS le GRAND *in vita S. Heruæi c. 3. in actis SS. de 17. Iun. p. 366. seqq.* relatus aitque: *Hic sanctus periuriorum osor est: peierantes enim ad capsam reliquiarum eius grauiter fuere puniti; vnde antiquitus sacramenta solennia iussu magistratuum supra reliquias S. Heruæi emittebantur.* In *vita S. Saluii* relata *in act. SS. d. 26. Iun. c. 3. p. 203.* controuersia sub Carolo M. de hereditate mota, per solenne iusiurandum decisa refertur. Sorores ducis cuiusdam prouocabant ad iuramentum his verbis: *ecce habemus hic patronum neophitum, quem Deus nobis manifestare dignatus est. Si hereditatem earum vis possidere, vade et da sacramentum super eius sanctum sepulchrum: forsitan tunc manifestabit Dominus Deus, per ipsius intercessionem, si iustum tibi sit, ad possidendum, an eis reddi debetur actio.* En veram rationem, qua ostenditur, in quem finem ad *iuramenta* confugerint, aliis destituti eruendi veritatem mediis. Pergit vero scriptor vitæ eius: *Tunc infelix ille cum magno gaudio acquiescens verbis eius ad sacrum sancti peruenit sepulchrum, iniectasque manus suas super illud cum audacia magna iurauit. -- Et peracto iuramento statim medius crepuit, et disrupta sunt omnia viscera eius, et per secretam alui eius naturam stercora proruperunt, et ex oculis eius et auribus et ore exiuit sanguis et cadens in terram factus est velut mortuus etc.* In *vita S. Ebrendrudis* relata *in act. SS. d. 30. Iun. p. 583.* similis pene casus refertur his verbis: *ipse frater, flexis genibus coram archiepiscopo, erecta manu*

Quod vindices periuriorum essent.

Miraculo quodam edito.

manu et indicto sibi iuramento dixit: sic me Deus adiuuet et beata virgo et S. Ehrendrudis. Hoc dicto et iuramento imperfecto procidit ad pedes Archiepiscopi sæpe dicti, et mortuus est: cunctisque stupentibus et mirantibus cum luctu deportabatur, mercedem suæ fraudis recepturus iusto iudicio Dei. Pariter in *vita S. Amabilis* relata *in actis SS. d. 11. Iun. p. 470.* hæc traduntur: *Ad huius sepulchrum, inquit idem Gregorius, energumenum vide mundatum periurantem diriguisse vt ferrum etc.* Porro *in vita* MEINWERCI *episcopi Paderborn.* relata *in actis SS. d. 5. Iun. p. 533.* itidem miraculosa pœna affertur: *illico allatis reliquiis de ecclesia vicina Rene constructo in honore S. Cunisii, in quibus iurare consueuerunt, episcopus eas abiecit, et prolatis de apothecis suis reliquiis SS. Petri et Pauli et S. Blasii super eas eos iurare fecit. Qui votis dominæ suæ temerariis satisfacere volentes, VII. viri ad reliquias accesserunt, et manus vt iurarent, apponentes mox cœlesti plaga percussi, quatuor ex eis oculos amiserunt, aliis tribus erectæ manus obriguerunt, et omnibus diebus vitæ eorum tali plaga multati permanserunt.*

Id vlterius illustratur ex doctrina Augustini.

§. XIV. Plura huius generis documenta addi possent, si de eo vllus dubitandi locus superesset. Vnum tamen adhuc adiiciam locum ex *vita S. Paulini* relata *in act. SS. d. 22. Iun. p. 212.* qui optime declarat intentionem eorum, qui hoc iusiurandum pro diluenda omni criminis suspicione elegerunt. Ita vero scriptor vitæ eius: *S. Augustinus cum permolesta incidisset causa inter Bonifacium presbyterum suum et eius accusatorem, neque veritas constare posset, illo rogante,* (forsan negante) *hoc vrgente crimen; pro more eius ætatis, quo finiri tales controuersiæ iureiurando ad martyrum sepulchra concepto solebant,*

 vtrum-

utrumque Nolam ad S. Felicem misit, asserens caussam, cur e martyribus, ad quorum monumenta in eo genere miracula edebantur, Felicem praecipue delegisset. Multis, inquit, notissima est sanctitas loci, vbi Felicis Nolensis corpus conditum est, quo volui, vt pergerent, quia inde nobis facilius fideliusque scribi potest, quicquid in eorum aliquo DIVINITVS *fuerit* PROPALATVM. Voluerunt ergo per haec iuramenta purgatoria expiscare voluntatem diuinam, veritatem, *miraculoso modo* exquirere, et in manifestationem absconditorum *iusto* Dei iudicio *penetrare*, vel vt dicitur in *vita S. Eligii lib. II. c. 59. per sacramentum Dei iudicium expectare.* Haec opinio si iuramentis non fuisset superaddita, nunquam pro diluendo crimine et ostendenda innocentia in *caussis criminalibus* iusiurandum adhibitum et in leges Salicas, Longobardicas, Alemannicas, Baiuuaricas, Frisionum, Ripuarias et capitularia translatum fuisset, quorum assensum adfert CANGIVS *in glossar. voc. iuramentum.*

Tandem clericis quoque ad hanc purgationem admissi.

§. XV. Demonstraui generatim natales huius iuramenti, vsumque in *criminalibus:* inquirendum nunc est vlterius, quando etiam illud *clericis* impositum imperatumque fuit. Peraegre et refugientes clericos iurasse olim, notum est, simulque ex CASSIANI presbyteri testimonio, in *concilio Chalcedonensi* apud HARDVIN. *tom. II. p. 555.* edito liquet. Quia vero priscis seculis puritati et integritati vitae admodum studere debebant clerici, vt grauioribus criminibus infecti in clero non tolerarentur, immo et de crimine commisso infamati sese purgare tenerentur, quo sine scandalo rebus sacris vacare possent, de mediis innocentiam suam ostendendi cogitatum fuit. Inter haec *religio martyrum et praestatio iuramenti* ad *eorum sepulcra* praecipuum fuit, quae res effecit, vt hac occasione, cum alia deessent eruendi veritatem media, iuramenta imponerentur

Propter religionem martyrum.

clericis,

clericis. Iam ab ipso AVGVSTINO hanc *purgationem miraculosam* in praxin fuisse deductam, obseruaui. Series rei gestæ hæc est: quidam e monasterio Augustini nomine Spetius impuritatis a Bonifacio presbytero accusatus fuerat; iste crimen in Bonifacium reiecit, pertendens illum sese hoc ipso contaminasse flagitio, quamuis neuter alterum conuincere posset. Cum vero non ita post ad clerum euehi petiisset Spetius, ipsique hoc ab Augustino fuisset negatum, opposuit, nec Bonifacium in clericatu manere posse, cum a se accusatus esset, siquidem ipse clericus fieri non posset, quia accusatus erat. AVGVSTINVS, vt docet *epist. 76.* cum res euidentibus argumentis nec refelli nec firmari posset, vtrumque iussit adire *sepulcrum martyris* Felicis Nolensis, vt *miraculo* transigeretur negotium, quod ibi et innocentes *absolutionis* et rei *damnationis* sententiam, facto diuinitus signo, sentire solerent. Vtrum vero hæc miraculosa purgatio, interueniente *iureiurando*, ab iis fuerit facta, non adeo euictum est. Verba AVGVSTINI sunt hæc: *elegi aliquod medium, vt certo placito se ambo constringerent, ad locum sanctum se peregrinaturos, vbi terribiliore opera Dei non sanam cuiusque conscientiam multo facilius aperirent et ad confessionem, vel pœna vel timore compellerent. Vbique quidem Deus est, et nulli continetur vel includitur loco, quia condidit omnia et eum a veris adoratoribus in spiritu et veritate oportet adorari, vt in occulto audiens, in occulto etiam iustificet et coronet. Verum tamen ad ista, quæ hominibus visibiliter nota fiunt, quis potest eius consilium perscrutari, quare in aliis locis hæc miracula fiant, in aliis non fiant? Multis enim est notissima sanctitas loci, vbi beati Felicis Nolensis corpus conditum est: quo volui, vt pergerent, quia inde nobis facilius fideliusque scribi potest, quicquid in eorum ali-*

Quod ex Augustino illustratur.

Qui omnem efficaciam ex miraculosa martyrum virtute petit. Etiam citra iuramentum.

quo diuinitus fuerit propalatum. *Iuramenti* non fit mentio, sed *orationis et precum*, vt probabile sit, noluisse AVGVSTINVM adstringere presbyterum et monachum ad illud præstandum contra morem eius seculi; neque enim omnis purgatio ad *corpora sanctorum* mediante iuramento fiebat, vt vel GREGORII testimonium *in c. 8. et 9. C 2. q. 5.* euincit: vel sola *sanctorum reliquiarumque* præsentia eam vim habere credebatur, vt miraculoso modo assertio vel negatio confirmari posset. Laici ab eius præstatione non erant liberi, atque hi apud *memoriam sanctorum* iureiurando sese purgare solebant, vt de fure quodam refert AVGVSTINVS *cit. l.* cuius verba supra adducta sunt §. 12. Hic mos tandem adeo in vsum constantem fuit deductus, vt etiam *clerici maiores et minores* se hoc modo purgare cogerentur.

Gregorius inprimis hanc purgationem clericis imposuit.

§. XVI. GREGORIVS M. inprimis hanc disciplinam clericis præscripsit, voluitque, vt iureiurando solenni ab omni imputatione criminum sese purgarent. Id indicant varia loca a GRATIANO *C. 2. q. 5.* adducta. Nam in *c. 5.* GREGORIVS ita censet: *Presbyter vel quilibet sacerdos si a populo accusatus fuerit, et certi non fuerint testes, qui crimine illato approbent veritatem, iusiurandum in medio erit, et illum testem proferat de innocentiæ suæ puritate, cui nuda et aperta sunt omnia.* Porro in *c. 6.* exemplo LEONIS episcopi id illustrat: *quoniam quædam contra sacerdotale propositum de Leone fratre et coëpiscopo nostro sinister rumor aspersit, vtrum vera essent, districta diutius fecimus inquisitione perquiri, et nullum in eo de his, quæ dicta fuerunt, culpam inuenimus. Sed ne quid videretur omissum, quod nostro potuisset dubium cordi remanere, ad B. Patri sacratissimum corpus districta eorum ex abundanti fecimus*

mus ſacramenta præbere. Quibus præſtitis magna ſumus exultatione gauiſi, quod huiusmodi experimento innocentia eius euidenter enituit. Ita vero vel ſolus ſiniſter rumor vel accuſatio aut diffamatio ſufficiebat, vt clerici ſe purgare cogerentur, quod ab omni macula et delicti ſuſpicione liberi eſſe deberent. Id euidentiſſime IDEM in *c.* 7. docet, vbi adfert exemplum coëpiſcopi MENNAE, quem in nullo culpabilem eſſe inuenerat, et tamen *inſuper ad ſacratiſſimum corpus Petri Apoſtoli ſub iureiurando ſatisfaciens ab his, quæ obiecta eius opinioni fuerant, ſe demonſtrauerat alienum.* Nouo exemplo MAXIMI ſcilicet Salonitani epiſcopi praxin huius iuramenti declarat. Erat hic de *ſimoniaca labe* ſuſpectus et de aliis quoque exceſſibus diffamatus. Decreuit Pontifex in *c. 8. et 9.* cum de illa *ſeſe præſtito iureiurando, purgare, de aliis autem ante corpus S. Apollinaris tantummodum requiſitum liberum ſe eſſe reſpondere debere.* Erat ergo duplex purgatio: *ſimplex* ſine iuramento; *iurata* cum iuramento, quamuis vtraque ante *corpus ſancti* cuiusdam, ob miracula edita celebratiſſimi, fieret.

§. XVII. Succeſſores Pontifices non minus ſtrenui fuere in vſu huius purgationis promouendo, quo magis religio erga *ſanctos et martyres* creuit. Ipſe Papa SIXTVS III. in concilio ſeſe purgauit coram omnibus ſponte, vt omnem fugeret ſuſpicionem; addit tamen in epiſtola, relata in *c. 10. C. 2. q. 5. ſed non aliis, qui noluerint, aut ſponte hoc non elegerint faciendo formam exemplumque dans.* SIXTI exemplum ſecutus eſt LEO III. pontifex, cuius purgatio, ſed imperfecte, habetur in *c. 18 C. 2. q. 5.* Plurima illi obiecta erant crimina a perſecutoribus: detruſus in cuſtodiam, multisque affectus iniuriis, tandem feliciter euaſit, et ad CAROLVM M. confugiens, non tantum honorifice exceptus, ſed in pace ad ſuos dimiſſus eſt anno 799.

Gregorii Pontificis ſucceſſores vſum huius iuramenti promouerunt, proprio ſuo exemplo.

no 799. Sequente anno CAROLVS M. Romam profectus caussam LEONIS in synodo congregata discutiendam proposuit; sed patres primae sedis auctoritatem non admittere crediderunt, vt a quoquam iudicaretur. Inde LEO consilium de se purgando suscepit, et *praedecessorum pontificum vestigia*, ait, *sequar, et de talibus falsis criminationibus, quae super me nequiter exarserunt, me purificare paratus sum*, vt ex ANASTASIO refert BARON. ad *ann. 800. n. 4.* Ipsa *formula purgationis*, quam in ambonem ascendens recitauit, haec est: *Ego Leo Pontifex S. R. E. a nemine iudicatus, sed mea voluntate impulsus purgo me praesentibus vobis coram Deo et angelis eius, qui conscientiam nouit et beato principe Apostolorum, in cuius conspectu consistimus, neque sceleratas res, quas mihi obiiciunt, perpetrasse, neque perpetrari iussisse, Deum testans, in cuius iudicium venturi sumus et in cuius conspectu consistimus. Et hoc facio non legibus vllis constrictus, neque hanc consuetudinem aut decretum in sancta Ecclesia successoribus meis et fratribus coëpiscopis imponere cupiens, sed vt certius iniquis vos suspicionibus liberem.*

Leonis III. suasu in legem perpetuam transiit.

§. XVIII. Miror LEONEM III. protestatum fuisse, se coëpiscopis legem aut necessitatem vestigia eius premendi haud impositurum esse. GREGORIVS iam eam ipsis imposuerat episcopis aliisque clericis. In *concilio Francofurdensi* sub CAROLO M. *anno 794.* celebrato *c. 7.* apud BALVZ *tom. I. capit. p. 265.* Petro Episcopo ab ipsa synodo purgatio imposita est, *vt contestans coram Deo et angelis eius iuraret cum duobus aut tribus, aut certe cum suo Archiepiscopo, quod in mortem Regis siue in regnum eius non consiliasset, nec ei infidelius fuisset.* Nondum tamen *forma purgandi* quoad *sacerdotes plene et perpetua lege* tradita fuisse videtur vsque ad tempora LEONIS III. id quod adducta indicat

indicat clausula. Ipse CAROLVS M. circa *annum 799.* apud HARDVIN. *tom. IV. concil. p. 946.* et BALVZ. *tom. I. capit. p. 831.* pertractandum esse censuit, *quid de illis presbyteris criminosis, vnde approbatio non est, et semper negant, faciendum sit. Nam*, pergit, *hac saepissime a nobis et progenitoribus atque antecessoribus nostris ventilatum est, sed non ad liquidum hactenus definitum.* Quod ergo intuitu *sacerdotii* adhuc *illiquidum* erat, ad certum et constantem formam reducere studuit, atque desuper LEONEM pontificem consuluit. Tandem cognito consilio LEONIS ceterorumque Romanae ecclesiae, et qui in regno eius erant, episcoporum, accedente reliquorum fidelium et cunctorum consiliariorum consultu hac de re *anno 803.* constitutionem certam edidit, recitatam *lib. V. capitul. c. 36.* apud BALVZ. *tom. I. capitul. p. 832.* et HARDVINVM *cit. l.* Cautum enim est, vt si sacerdos criminis alicuius accusatus legitime conuinci possit, canonice damnetur. Additur vero: *Si vero cum suprascripto praetextu adprobare ipse accusator minime poterit, et hoc canonice definiatur. Ipse ergo sacerdos si suspiciosus aut incredibilis suo Episcopo aut reliquis suis consacerdotibus siue bonis et iustis de suo populo vel de sua plebe hominibus fuerit, ne in crimine aut in praedicta suspicione remaneat, cum tribus aut quinque vel septem bonis ac vicinis sacerdotibus, exemplo Leonis Papae, qui duodecim presbyteros in sua purgatione habuit, vel eo amplius, si suo Episcopo visum fuerit, aut necesse propter tumultum populi inesse perspexerit, et cum aliis bonis et iustis hominibus, se sacramento coram populo super quatuor euangelia dato purgatum Ecclesiae reddat.* Refertur haec constitutio etiam a GRATIANO in *c. 19. C. 2. q. 5.* sed sub nomine

mine

mine LEONIS ad CAROLVM M. ſcribentis, quod fictioni monachi huius tribuendum eſt. Interim quod LEO ſponte ſuſceperat, nec vlli obtrudere volebat, CAROLO ſuaſiſſe videtur, vt lege perpetua apud Francos conſtitueretur.

Et praxi ſequenti vſu eius firmatus.

§. XIX. Hoc modo *purgatio ſacerdotum* per *iuramentum religioſum* in conſtantem abiit morem, variisque decretis et pontificum et conciliorum repetita deprehenditur. ARTALDI epiſcopi purgatio ante conſecrationem refertur in *c.2.C.8.q.4. Arelatenſem* hunc epiſcopum nominat GRATIANVS ſatis mendoſe, cum in aprico ſit, *Arelatenſem* non ſubfuiſſe *Narbonenſi* Archiepiſcopo, adeoque pro *Arelatenſi* ſubſtituendum: *Artaldus Alenenſis vel Elenenſis epiſcopus*, obſeruante PETRO de MARCA *de concord. ſac. et imp. lib. V. c. 41. §. 3. ſeqq.* Pariter INNOCENTIVS II. Tridentino epiſcopo, commiſſæ Simoniæ poſtulato, purgationem hanc in *c.17.C.2.q.5.et c.5.X. de purg. canon.* præſcripſit: *Idem epiſcopus ſuper ſancta euangelia iurabit, quod pro eccleſia S. Petri de Pado presbytero Paulo danda neque ipſe per ſe neque per ſubmiſſam perſonam, neque alius pro eo, ſe ſciente, pretium receperit. Deinde vero purgatores* (tres epiſcopi et quatuor abbates) *ſuper ſancta Dei euangelia iurabunt, quod ſicut ipſi iurabunt, verum iurauit.* In *LL. eccleſ.* CAROLI regis *c. 5. de anno 1032.* apud HARDVIN. *tom. VI. P. I. p. 897* eadem forma diluendi crimina clericis impoſita, ſimul tamen certis in caſibus *purgationi per eucharistiam* locus relictus fuit.

Inprimis doctrina Innocentii III.

Promouit hanc praxin INNOCENTIVS III. *vt c. 10. 11. 12. 13 14. 15. 16. X. de purgat. canon.* et plura alia documenta, quæ in epiſtolis eius occurrunt, docent. Nam *lib. 1. epiſt. 295. edit. Baluz.* ſuper criminibus imputatis indixit Thomæ clerico *purgationem canonicam*, in qua ſi defecerit, cantoriæ dignitatem ipſi auferendam decernit. Idem *lib. II. epiſt. 65.* vnde deſumtum

tum est *c. 8. X. de cohab. cleric. et mulier.* de *clanculariis concubinariis* ita edicit: *Sed si de clericis illis talis habeatur suspicio, vt ex ea scandalum in populo generetur, licet contra ipsos non apparuerit accusator, tu tamen eis canonicam potes purgationem indicere, quam si præstare noluerint, vel defecerint in præstanda, eos canonica poteris animaduersione punire.* Alia exempla occurrunt *lib. 16. epist. 63. et ep. 158.* et infinitum foret, omnia conquirere testimonia, quæ vsum huius iuramenti ad nostra traduxere tempora.

§. XX. Ceterum sicuti in hac causa ardua magnique ponderis, quæ *crimen* concernebat, non adeo *iuramento nudo*, vim se purgandi, tribuebant, sed singularem fiduciam in *sanctorum* et *reliquiarum præsentia*, earumque *veneratione* et *miraculosa virtute*, occultissimi manifestandi, collocabant; ita nec in hoc solo antiquitus acquiescendum, sed alia quoque ratione periuria præcaueri posse credebant. *Testes* videlicet vel *tres* vel *quinque* vel plures pro grauitate causæ desiderabant, qui fidem iuramento eius, qui se purgare debeat, facerent, et iuramento assererent, se credere, illum innocentem esse, et optima fide se purgare posse, *c. 13. X. de purgat. canon.* Testes hi vocabantur *sacramentales, compurgatores, purgatores, iuratores, coniuratores, iuramentales*, vt ex legibus antiquis aliisque documentis illustrat CANGIVS *in gloss. voce iuramentum.* Neque passim et sine discrimine quoscunque admittebant, sed selectum instituendum et, præuio examine atque sedula inquisitione in vitam, mores aliaque instituta, eos recipiendos constituebant, vt rursus IDEM *cit. l.* euincit. Generatim iuxta *c. 7. X. de purgat. canon. illius honestatis et opinionis esse debebant, quod vero simile esset, eos nolle amore vel odio seu oblatu pecuniæ peierare.*

Adhibiti porro sunt testes compurgatores

Probati tamen et graues.

Kk 2 Addit

Addit Pontifex: *vt autem idonei appareant, necesse est, vt eius, quem purgare debent, vitam et conuersationem agnoscant.* Vt plurimum sacerdotes cum testibus *sui ordinis*, qui vitae eius interfuerant, ipsumque obseruauerant, iurare compellebantur. In *laicorum* iuramento itidem ad testium *conditionem* respiciebatur, quae legibus determinata atque praescripta erat.

Singulariter electi. Eligebantur hi quandoque ab *accusatore*, quandoque a *reo*, secundum diuersam legis dispositionem. Secundum *LL. Alem. tit. 6. l. 2.* apud BAL. *tom. I. capit. p. 59.* accusatori electio dabatur his verbis: *tunc debet homo, qui causam requirit, tres electos denominare, et ex denominatis tribus licentiam habet excusator reiicere duos; tertium vero non licet reiicere, sed ipsum secum in sacramento habere debet*, et in *lege S. tunc qui causam persecutus fuerit, electionem faciat de coniuratoribus, vnde excusator quales duos reiicere voluerit, potestatem habeat, et cum duobus iuratoribus iste ordo seruandus est etc.* Idem ex *legibus Longobardicis* illustrat CANGIVS *cit. l.* qui et de ceteris circumstantiis plura congessit, vt vel binis verbis eas tetigisse suffecerit.

Numerus variauit. §. XXI. Numerus *compurgatorum* pro *grauitate causae* admodum variauit, vt itidem plenius declarat CANGIVS, ostenditque, aliquando cum *centesima* immo *trecentesima manu* iurari debuisse. *Manus appellatio euoluitur.* *Manus* denominatio, numero testium attributa, inde deducta, quod *porrectis manibus* iurarent, tactis sacrosanctis euangeliis, aut altari, aut etiam quod frequentissimum erat, sanctorum reliquiis, vt recte censet HIERONYMVS BIGNONIVS *in not. ad Marculf. lib. I. c. 38.* apud BALVZ. *tom. II. capitul. p. 923.* Vnde hic loquendi vsus in perpetuum abiit morem, ostenditque, auctoritatem huic iuramento primario accessisse ex hoc *religioso contactu*, quem nemo metu praesentissimi

tiſſimi imminentis mali ſuſcepturos credebatur, niſi ſe optima fide iuramentum præſtare poſſe, conuictus eſſet. Dixi, *numerum compurgatorum variaſſe.* Si coniuges ſeparationem petunt, et confitentur, ſe nunquam coire potuiſſe, *cum ſeptima manu propinquorum vel vicinorum bonæ famæ (ſi propinqui defuerint) tactis ſacroſanctis euangeliis iurare iubentur in c. 5. X. de frigid. et malef.* Epiſcopo de hæreſi grauiter ſuſpecto INNOCENTIVS III. purgationem *quartæ decimæ manus ſui ordinis* indixit in *c. 10. X. de purg. canon.* Purgationis cum *duodecima* manu paſſim fit mentio in antiquis *legibus et capitularibus* apud BALVZ. *tom. I. capitul. p. 118. in f. 117. 122. 126. 320. 1265. tom. II. p. 331. 333. 485.* In *formulis* MARCVLFI apud BALVZ. *tom. II. capitul. p. 486.* occurrit formula ſe purgandi cum ſua *trigeſima ſeptima manu*, quod XXXVI. adhibiti teſtes. Similem fere purgationem ſubiit PASCHALIS pontifex teſte THEGANO *de geſtis Ludouici pii imperatoris c. 30.* *Poſtea miſit legatos ſuos in partibus Romæ propter quandam inſolentiam, quam Romanorum populus ſuper Romanum Pontificem Paſchalem dixit imputantes ei, quod nonnullorum homicida fuiſſet, qui ſupra dictus pontifex cum iuramento purificauit ſe in Lateranenſi patriarchio coram ſupra dictis legatis et populo Romano cum epiſcopis XXXIV. et presbyteris et diaconibus quinque.* Prætereo alia documenta, quæ plena manu congeſſit CANGIVS *cit. l.*

Quandoque cum ſeptima manu iuratum,

Aliquando cum XIV.

Cum XII.

Cum XXXVI.

§. XXIII. Ex legibus antiquis Longobardicis eundem iurandi morem in *ius feudale Longobardicum* quoque receptum fuiſſe; eo minus mirandum, quod hoc tempore hæc *ſacramentalium* adhibendorum praxis fere vniuerſalis eſſet. *In II. 23. §. ſacramentum* deſiderantur *duodecim ſacramentales*, et quidem ſi a iudice defertur iuſiurandum alterutri, id cogitur præſtare cum XII. ſacramentalibus. Si *vaſallus* id præſtare debet,

Ius feudale Longobardicum hunc vſum approbauit.

bet, inter illos sacramentales ad minimum *sex* de eius *cognatione* esse debent, reliqui etiam ex *extraneis* eligi possunt Sin *domino* illud desertur, sacramentales illi duodecim aut eius *vasalli*, aut partim *vasalli*, partim *cognati* esse debent. *Iure Saxonico prouinciali* itidem purgatio hæc per iuramentum approbata est æque ac *vulgaris* per *duellum*. Etenim *lib. I. art. 15.* dicitur: Schuldiget man den Mann um das, so er unter ihm nicht hat, das entgehet er mit seiner Unschuld (oder Eyde vt *in f.* additur) item *lib. 1. art. 18.* Das alles, was ein Mann vor Gerichte nicht thut, wie wissentlich das sonsten wäre, desselbigen möchte er mit seiner Unschuld entgehen, und man möchte ihm das nicht überzeugen. Rationem addit Glossator: Daß der Sachß für alles schweren möge, so man ihm nicht leiblich kan überweisen, solches ist nicht so unbillig. Denn was man einen allein mit Worten bezüchtiget, darmit rettet er sich billig auch mit Worten, indem er darüber schweret. Denn es billig ist, daß man seinen Worten und Eyde so wohl Glauben gebe zu seiner Entschuldigung, als jenen blossen Worten, die ihn beschuldiget haben. Infames tamen non poterant admitti ad iuramentum purgatorium, h. e. die ihr Recht durch Dieberey oder mit Raub verlohren haben, ob man sie Dieberey oder Raubes anderweit beschuldiget, sie mögen mit ihrem Eyde nicht unschuldig werden. His ergo *purgatio vulgaris* proposita erat, h. e. das heisse Eisen zu tragen vor ihre Unschuld, oder aber in einen wallenden Kessel zu greiffen, biß an den Ellenbogen, oder mit Kämpffen sich zu erwehren, vt dicitur *lib. 1. art. 39.* Iam olim id constitutum fuisse docet *c. 15. C. 2. q. 5.* (quod ex *concilio Tribur. de anno 895. c. 22.* apud HARDVIN. *tom. VI. p. 446.* quoad sensum desumptum videtur:) *Si antea deprehensus fuerit in facto aut periurio aut falso testimonio ad iuramentum non admittitur; sed feruenti aqua vel candenti ferro se expurget.* Iuramenti cum *septima manu* fit mentio *lib. 1. art. 63.* Und er das geweh-

Et ius Saxonicum prouinciale.

gewehren kan auf den Heiligen selb siebende. Item *lib. II. art. 69.* da er das selb siebend gezeugen mag. Similiter *lib. II. art. 4.* iuramenti huius vsus demonstratur in eo, qui se a banno vult liberare: Wer sich aus der Acht ziehen will, dem soll der Richter Fried würcken (saluo conductu interueniente) vorzukommen, ob man es seinethalben begehret. Wenn er sich denn auf den Heiligen auszeuget, (h. e. vt latina versio habet, *postquam se iuramento expurgauerit*) so soll ihn der Richter und das Land-Volck daraus lassen, mit Finger und mit Zeugen, das ist mit Worten und mit Wercken. Pariter patri *lib. II. art. 17.* conceditur, vt filii sui, nondum a se separati, innocentiam iuramento demonstrare queat: also, daß er schwere auf den heiligen, daß der Sohn der That unschuldig sey. Alius huius iuramenti vsus traditur *lib. II. art. 65.* Schlägt ein Mann ein Kind, oder rauft es bey den Haaren, oder schlägt es mit einer Gerten um seine Missethat, er bleibet es ohne Wandel, thät er das gewähren auf dem Heiligen, daß er es durch anders Willen nicht geschlagen habe, denn durch seiner Missethat willen. conf. *lib. 3. art. 32. 39. 47. 89. 91.*

Vsus huius iuramenti agnitus in recessibus imperii.

§. XXIII. Adeo deinceps vsus huius iuramenti propagatus est, vt legibus publicis Germaniae in *criminalibus* approbatus fuerit. In *R. I. Treuir. et Colon. de anno 1512. tit.* von GOttes Lästerern §. und nachdem. variae *violentiae* species reprobantur, quae si probari haud possint, et tamen suspicio quaedam reum grauet, pro re nata actor ad iuramentum admittitur. Daß er glaube, wiewohl er die That dieser Zeit nicht beybringen könte, daß solche Articul des Verdachts wahr seyn. Und so er das gethan hat, so soll der beschuldigte schuldig seyn, sich dasselbe mit dem Eyde zu *purgiren* Und ob die verdachte Persohn also gröslich verdacht wäre, daß die mit purgiren (compurgatores) nothdürfftig, das soll der Bescheidenheit des Richters befohlen wer-

Cum compurgatoribus.

den

bet, inter illos sacramentales ad minimum *sex* de eius *cognatione* esse debent, reliqui etiam ex *extraneis* eligi possunt. Sin *domino* illud defertur, sacramentales illi duodecim aut eius *vasalli*, aut partim *vasalli*, partim *cognati* esse debent. *Et ius Saxonicum prouinciale.* *Iure Saxonico prouinciali* itidem purgatio hæc per iuramentum approbata est æque ac *vulgaris* per *duellum*. Etenim *lib. I. art. 15.* dicitur: Schuldiget man den Mann um das, so er unter ihm nicht hat, das entgehet er mit seiner Unschuld (oder Eyde vt *in f.* additur) item *lib. 1. art. 18.* Das alles was ein Mann vor Gerichte nicht thut, wie wissentlich das sonsten wäre, desselbigen möchte er mit seiner Unschuld entgehen, und man möchte ihm das nicht überzeugen. Rationem addit Glossator: Daß der Sachß für alles schweren möge, so man ihm nicht leiblich kan überweisen, solches ist nicht so unbillig. Denn was man einen allein mit Worten bezüchtiget, darmit rettet er sich billig auch mit Worten, indem er darüber schweret. Denn es billig ist, daß man seinen Worten und Eyde so wohl Glauben gebe zu seiner Entschuldigung, als jenen blossen Worten, die ihn beschuldiget haben. Infames tamen non poterant admitti ad iuramentum purgatorium, h. e. die ihr Recht durch Dieberey oder mit Raub verlohren haben, ob man sie Dieberey oder Raubes anderweit beschuldiget, sie mögen mit ihrem Eyde nicht unschuldig werden. His ergo *purgatio vulgaris* proposita erat, h. e. das heisse Eisen zu tragen vor ihre Unschuld, oder aber in einen wallenden Kessel zu greiffen, biß an den Ellenbogen, oder mit Kämpffen sich zu erwehren, vt dicitur *lib. 1. art. 39.* Iam olim id constitutum fuisse docet *c. 15. C. 2. q. 5.* (quod ex *concilio Tribur. de anno 895. c.* 22. apud HARDVIN. *tom. VI. p. 446.* quoad sensum desumptum videtur:) *Si antea deprehensus fuerit in facto aut periurio aut falso testimonio ad iuramentum non admittitur; sed feruenti aqua vel candenti ferro se expurget.* Iuramenti cum *septima manu* fit mentio *lib. 1. art. 63.* Und er das geweh-

gewehren kan auf den Heiligen selb siebende. Item *lib. II. art. 69.* da er das selb siebend gezeugen mag. Similiter *lib. II. art. 4.* iuramenti huius vsus demonstratur in eo, qui se a banno vult liberare: Wer sich aus der Acht ziehen will, dem soll der Richter Fried würcken (saluo conductu interueniente) vorzukommen, ob man es seinethalben begehret. Wenn er sich denn auf den Heiligen auszeuget, (h. e. vt latina versio habet, *postquam se iuramento expurgauerit*) so soll ihn der Richter und das Land-Volck daraus lassen, mit Finger und mit Zeugen, das ist mit Worten und mit Wercken. Pariter patri *lib. II. art. 17.* conceditur, vt filii sui, nondum a se separati, innocentiam iuramento demonstrare queat: also, daß er schwere auf den heiligen, daß der Sohn der That unschuldig sey. Alius huius iuramenti vsus traditur *lib. II. art. 65.* Schlägt ein Mann ein Kind, oder rauft es bey den Haaren, oder schlägt es mit einer Gerten um seine Missethat, er bleibet es ohne Wandel, thät er das gewähren auf dem Heiligen, daß er es durch anders Willen nicht geschlagen habe, denn durch seiner Missethat willen. conf. *lib. 3. art. 32. 39. 47. 89. 91.*

§. XXIII. Adeo deinceps vsus huius iuramenti propagatus est, vt legibus publicis Germaniæ in *criminalibus* approbatus fuerit. In *R. I. Treuir. et Colon. de anno 1512. tit.* von GOttes Lästerern §. und nachdem. variæ *violentiæ* species reprobantur, quæ si probari haud possint, et tamen suspicio quædam reum grauet, pro re nata actor ad iuramentum admittitur. Daß er glaube, wiewohl er die That dieser Zeit nicht beybringen könte, daß solche Articul des Verdachts wahr seyn. Und so er das gethan hat, so soll der beschuldigte schuldig seyn, sich dasselbe mit dem Eyde zu *purgiren* Und ob die verdachte Persohn also gröblich verdacht wäre, daß die mit purgiren (compurgatores) nothdürfftig, das soll der Bescheidenheit des Richters befehlen werden

Vsus huius iuramenti agnitus in recessibus imperii.

Cum compurgatoribus.

Den

den ihm die auffzulegen oder nicht. Sic itaque compurgatores adhibendi arbitrium iudici relictum est, quod etiam antiquis congruit legibus. Quid vero si se non purgauerit? thät aber der Beschuldigte solche purgation nicht, so soll er des, so er Verdacht gewesen, schuldig gehalten, und gegen ihn, wie es nach gestallt der Sachen sich in solchen gebühre, procediret und gehandelt werden. In quem finem vero hæc purgatio approbata fuerit, in sequentibus his adiicitur verbis: und ist solche purgation darum dermassen gesetzet, damit der Beschuldiger desto förderlicher zu seiner Klage, und der Beschuldigte desto förderlicher zur Schuld oder Unschuld kommen, auch solches an unsern Käyserl. Cammer-Gerichte mit geringern Kosten Mühe und Arbeit erlanget und vollführet werden möge. Idem repetitum est in *Ordinat. pacis publ. Wormat. de anno 1521. tit. 7. §. 8. seqq.* ibi: alsdenn soll der Verdacht schuldig seyn, sich persöhnlich derhalben mit seinem Eyde zu *purgiren*. Iudicis tamen simul arbitrio relictum, vtrum coram commissariis, an in loco iudicii ordinario hoc iuramentum præstari debeat? Si vniuersitas criminis fractæ publicæ pacis postuletur, so soll der zweyte Theil derselben commun Rath, von den gegebenen Commissarien persöhnlich zu schweren schuldig seyn. De compurgatoribus adhibendis id cautum: und ob der Beschuldigte also gröszlich verdacht, dasz zu purgiren nothdürfftig; solches soll der Bescheidenheit des Richters befohlen werden, ihm die auffzulegen oder nicht: die denn schweren sollen, dasz der oder die, so sich mit dem Eyde entschuldigen, recht geschworen haben. Und so er solche purgation gethan hat, so soll er des Verdachts ledig seyn, &c. Quid si tali suspicione oneretur Elector vel princeps imperii? Ei permissum, dasz er solchen Eyd vor dem Richter, durch seinen vollmächtigen Anwald, der zum wenigsten einer von Adel seyn soll, in seine Seele schweren lasse. Porro in Erklährung des Land-Friedens *de anno 1522.* contra eos, qui reos criminis præ-

prædicti recipiunt, sed se ignoranter id fecisse protestantur, cautum, daß sie mit einem leiblichen Eyde zu GOtt und den Heiligen solches betheuren sollen. Denique in *Ordin. Cam. P. II. tit. 10. §. 1.* idem fere iisdem verbis repetitum, vt regustare illud superuacuum videatur.

§. XXIV. Quod si per omnes ordinationes prouinciales iueris, omnes ad vnum in eo concordant, iuramenti purgatorii vsum præcipuum esse in *criminalibus*, vt inter reliquos docet *constit Elect. Sax.* 27. *P.* 1. Ob wohl das iuramentum purgationis fürnehmlich in peinlichen und in Ehe-Sachen aus richterlichen Amte, da es gleich nicht gebethen, dem Beklagten, wo ein rechtlicher Verdacht wider ihn ausgeführet, kan auferlegt werden, ꝛc. Est ergo *remedium ordinarium* eruendi veritatem, modo reus (1) suspicionibus grauatus, et (2) eiusmodi delicti reus sit, in quo tortura locum habere nequit, vel si (3) tale adsit delictum, non tamen indicia ad torturam dictandam concurrant. Conf. CARPZ. *ad cit. const. def.* 1. In *Ordin. Criminal.* potentiss. Regis Borussiæ *c.* 9. *§.* 28. speciatim desideratur, daß vor der Abnahme des Reinigungs-Eydes dem inquisito eine Bedenck-Zeit um sein Gewissen zu prüffen, gegeben, und er nicht allein von dem Gerichten, sondern auch nach befundenen Umständen ins besondere, wenn der inquisit geringe Erkäntniß GOttes und seines Heil. Worts hat, von einem Prediger ermahnet werden soll. Hoc fere vniuersaliter obseruari solet, vt quando iuramentum hoc per sententiam dictetur, addatur clausula consueta: worzu auch gestalten Sachen nach ein Geistlicher zu gebrauchen. Alias ordinationes prouinciales enarrat atque refert MARTINI *in comment. ad proc. iur. Sax. tit.* 32. *n.* 12.

Item in ordinationibus prouincialibus.

Adhibito pastore ecclesiæ.

§. XXV.

Iudicium de vsu huius iuramenti in criminalibus.

§. XXV. Aperui fontes huius praxeos in caussis criminalibus, simulque fundamenta eius denudaui. Si solo viueremus iure Romano, vsus omnis huius iuramenti in his caussis deficeret sine dubio. Forsan expediret etiam, vt secundum huius iuris tramitem viueremus, et tot periuriis, quæ euitari in his caussis nequeunt, occasionem præscinderemus. Rarissima in praxi deprehenderis exempla eorum, qui, postquam hoc iis per sententiam impositum est, metu Numinis diuini illud præstare recusarunt, ne pro confessis et conuictis haberentur. Immo in vtramque partem grauissima adsunt pericula, vt sæpe vel innocens condemnari vel nocens dimitti non tamen aliter quam commisso nouo periurii crimine possit. Aut enim iuramentum hoc præstat, aut illud subire recusat. Priori casu vt plurimum delicto commisso addit nouum periurii crimen: posteriori habetur pro confesso, pœna ordinaria in eum statuitur, et tamen *vera confessio* deest, solaque *præsumtione* pœnam mortis sæpe subit. Accedit, quod *origo et fundamentum* huius iuramenti ostendat, veteres *miraculoso* quodam *modo* per præsentiam corporum sanctorum eorumque reliquiarum veritatem eruere et *iudicium diuinum* in occultis adhibere voluisse, vt historia huius iuramenti euincit. Hoc si protestantes penitius ponderassent, et rationes eius examinassent, minus proni forsan fuissent in vsu eius approbando præsertim in criminalibus. Constat enim, quæ sit nostrorum doctrina circa sanctorum cultum, reliquiarum venerationem, et miracula iis tributa: nouimus, quæ dubia a nostratibus moueantur contra *iudicia diuina*, quæ in eo collocari solent, vt Deus extraordinario quodam modo occulta in lucem protrahat, et miraculo quodam nocentem designet. Ab hac doctrina alieni sumus, nec tamen relinquimus conclusionem, quæ inde originem caussam et fundamentum traxit.

Imprimis quoad protestantes.

§. XXVI.

§. XXVI. Equidem, vt periurii periculum tollatur, in quibusdam locis plura recepta sunt solennia, quibus mens iurantis percellatur, ne vindictam incurrat diuinam. Talia sunt, (1) quod candelæ accendantur: (2) caput cadaueris in conspectu inquisiti, (3) cum imagine crucifixi ponatur: (4) fenestræ aperiantur: (5) mensa nigro tegatur panno: (6) gladius euaginatus et (7) chirotheca ferrea mensæ imponatur. Quis huius ritus significatus sit, declaratur in VOLCKMANNO *emendato P. 1. c. 79.* his verbis: Bey denen brennenden Lichtern wird der Schwerer erinnert, daß Christus JEsus sey das Licht der Welt, und das wahrhafftige Licht des des Lebens *Ioh. VIII, v. 2.* Bey welchen er schweret und bittet, daß Christus JEsus bey diesen weltfinstern und unklahren Gedancken ihn bey der Wahrheit wolle erhalten. Da er aber falsch handelt, so bittet er, daß ihm solches Gnaden-Licht in Ewigkeit soll entzogen, und er an seinen Leibes- und der Seelen-Lichtern zeitlich und ewig geblendet werden. Bey dem *Crucifix* bedencket der Schwerer die grosse Marter und Pein, und bittren schmähligen Todt JEsu Christi, welcher er sich durch betrüglichen Eyd gantz verlustig machet, und mit dem betrüglichen Schächer zur lincken Seite Christi sich ewiger Verdammiß unterwirfft. *Luc. XXIII.* Bey dem Todten-Kopffe erinnert er sich seiner Sterblichkeit, dabey er alles Zeitliche, so er etwan durch falschen Eyd zu erhalten gedencket, als Leib, Leben, Ehre, Gewalt, muß hinter sich lassen, und daß solches nicht lange anstehet, sondern ehe man sichs versicht, so erwürget der Todt einen solchen Schwerer, wie denn Ananias und Saphyra nur über blossen Lügen erfuhren. *Actor. V.* Bey dem eisern Handschuh und Gerichts-Schwerd wird der Schwerer ermahnet, daß ihn die Obrigkeit bey der Wahrheit wolle schützen, aber da er falsch schweret, so wolle und solle ihn die Obrigkeit auch darum straffen, als die das Schwerd nicht umsonst trägt, *Rom. XIII.* Ja GOtt selbst hat sein Schwerd gewetzet, *Ps. VII.*

An per solennia plura metus periurii excitetur?

daß es über ihn blincken soll, *Ezech. XXXII. v. 10.* damit er ihn richte und tödte. *Es. LXVI. v. 16.* Vtrum vero his solennibus adhibitis periurii periculum euitari et innocentia rei erui possint, alii viderint. Qui *metu Numinis* eiusque praesentia, quam omnes profitemur, non tangitur, nec inermibus hisce solennibus percellitur, vt semet prodat, et supplicio subdat. Appetitus, semet conseruandi in suo statu, efficit, vt parum moueatur animus his signis, immo efficere potest, vt inepte credat iuraturus, se non iniuste agere, cum, quod quis ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur. Tales insulsas sententias quidam fouent, vt crimen periurii commissum tegant, et conscientiam suam reatu liberent, quamuis admodum *peruerse* atque scelestissime semet ipsos decipiant.

Iudex non debet esse facilis in dictando hoc iuramento.

§. XXVII. Hae rationes licet vsum huius iuramenti, tot suffragiis eruditorum recepti, eradicaturae non sint, ad minimum tamen euincunt, iudicem non adeo facilem aut pronum esse debere in eo dictando, quippe cuius arbitrio vsus eius est relictus. Praestat saepe dimittere potius reum, quam eum periculo periurii praesentissimo subiicere, vel si admodum grauatus est, et tamen confiteri nolit, ei poenam extraordinariam dictare, cum sibi inputare debeat, quod causam ei dederit sua pessima viuendi ratione, seseque suspectum reddiderit. Facilius forsan reus hanc eligit, quam vt nouum crimen periurii committat. Et vtinam leges prouinciales hanc potestatem iudici *expresse* indulgerent, vt pro circumstantiarum diuersitate vel hoc vel illo modo pronunciare posset, id quod tamen nondum in iis obseruare licuit, adeoque plures iudices, stricte verbis legum inhaerentes, nimis timidi sunt in hoc arbitrio sequendo.

§. XXVIII.

Quando hoc iuramentum vel pœna extraordinaria statim dictatur, antequam reus ad articulos responderit.

§. XXVIII. Ceterum regulariter ad hoc iuramentum non recurritur, quam si reus ad articulos responderit, et defensione sua satis auditus fuerit. Contingit vero nonnunquam, vt reus ante responsionem ad articulos petat se admitti ad *defensionem pro auertenda*, non tamen omnes suspiciones diluere queat, quo casu pro abbreuianda inquisitione, si iudex praeuideat, iuramentum dictatum iri, suadere quidam solent, vt statim ipsi iuramentum hoc imponatur sequente formula: Daß inquisit etwas, so ihm zu statten kommen möchte, in seiner Defension nicht ausgeführet, danneuhero er ad articulos inquisitionales zu antworten schuldig, er wolte sich denn vermittelst Eydes reinigen rc.

Rationes dubitandi.

Reprobarunt hanc methodum Lipsienses apud BERGERVM in *elect. iurispr. crim. pag. 202.* ex his causis: (1) quod ordo processus inquisitorii hoc modo plane inuertatur et negligatur: (2) quod, sicut tortura dictari non possit ante responsionem ad articulos, ita nec hoc iuramentum: non iniquum tamen (3) censent, vt, nach vorhergehender summarischer Vernehmung, aliquando statim reus pro re nata ad id admitti, et ita ab inquisitione liberari possit, quo famae eius parcatur.

Rationes decidendi.

Vitebergenses magis inclinant in affirmatiuam, adhibita tamen omni, quantum fieri potest, praecautione et personarum ratione, apud EVNDEM *cit. loco pag. 205. seqq.* ex quorum consilio haec repetam:

Sententia Vitebergensium.

Bey welcher Bewandniß wir um so viel desto mehr die in denen Landes-Gesetzen ohne diß so hoch anbefohlne Behutsamkeit zu gebrauchen, und je zu weilen nach Beschaffenheit derer ereigneten Fällen, mit Hindansetzung der förmlichen Responsion ad articulos inquisitionales, alsbald euentualiter auf das iuramentum purgatorium, oder eine gewisse Geld-Busse zu milden Sachen zu erkennen, bewogen worden, jemehr Schimpff und Nachtheil angeregte Responsion nach sich zu ziehen, auch zu geschehen pfleget, daß, wenn eine und andere Person, so sonst in einem gewissen Ehren-Stande

 sitzet,

sitzet, oder sonsten einen guten Ruff hat, durch Unvorsichtigkeit und Verleitung in Ungelegenheit verfället, durch Anstellung des Inquisitions-Processes um ihr zeitliches Glück gebracht, und dargegen in das äusserste Verderben gesetzt wird: wobey zugleich jedennoch wir allezeit ferner gute Vorsichtigkeit und Bescheidenheit gebraucht, und, ehe und bevor der Reus vor Gerichte, jedoch nur summarisch vernommen worden, oder wenigstens in einer übergebenen Defensions-Schrifft seine Antwort erstattet, auf obige Maasse nicht erkandt. Hiernechst bey solchen Erkäntniß fürnehmlich auf die verhandenen indicia, so wohl die Straffe, welche das gerügte Verbrechen nach sich ziehet, unser Absehen gerichtet, und da wir nach wohl bedächtiger und reiffer Überlegung aller vorkommenden Umstände so viel, daß ein mehrerer Verdacht nicht zu erlangen, oder auch die Straffe sich höher nicht, als auf eine Geld-Busse erstrecken könne, wahrgenommen, zu Vermeidung grosser und undienlicher Weitläufftigkeit, auch unnöthiger Geld-Splitterung den Zweck ergriffen, und also Reum in mehrere Weiterung zu verwickeln angestanden. Gestalt denn der durch Gewohnheit eingeführte Processus Inquisitorius an die Formalien des Processus accusatorii nicht gebunden, sondern meistentheils allein in regulis rectæ rationis gegründet, und dahero nicht abzusehen, warum des Rei summarische Aussage, nach Gelegenheit dißfalls, nicht zulänglich, und an statt einer förmlichen Responsion ad articulos inquisitionales gelten könne, da besonders wir ferner vermercket, daß Ew. Churf. Durchl. sich in ereigneten Inquisition-Fällen die Hände keines Weges binden lassen, sondern zum öftern durch dero löbl. Landes-Regier. dem Reo, auf vorhergehendes unterthänigstes suppliciren, unterschiedene defensiones pro auertenda inquisitione gestattet, und daraus so viel, wie sie mit Anstellung und Fortsetzung des Inquisition-Processes allenthalben gute Vorsichtigkeit gehalten, und selbigen mehr eingeschräncket, als extendiret wissen wollen, so wohl unsern, zu solchem Ende eingeführten modum pronun-

nunciandi, Ihr in Gnaden gefallen lassen, klährlich an den Tag geleget. Anderer Gestalt auch dergleichen defensiones schlechte Würckung haben würden. Wannenhero daß des Ew. Churfürstlichen Durchl. alleine in diesen Landen zustehenden iuris aggratiandi wir auf einigerley Art uns anzumassen oder dem Richter die fructus iurisdictionis zu entziehen gemeinet gewesen, mit Bestande nicht gesaget werden mag, in mehrerer Erwegung, daß Reus solcher Gestalt keines weges dimittiret, sondern demselben zu Vermeidung der bevorstehenden Inquisition, sich der in casum condemnationis erfolgenden Straffe zu entwerffen frey gestellet wird, wie er denn, ehe und bevor er des gerügten Verbrechens geständig oder zur Nothdurfft überführet, berührten iuris aggratiandi keines weges benöthiget, vielweniger mit einiger Straffe schlechterdings zu belegen, und dahero dem iudici inquisitionis noch zur Zeit kein Recht erwachsen, vielweniger dahin zu stellen, ob nicht, wenn der inquisition ihr ordentlicher Lauff gelassen würde, Inquisit vermittelst der Haupt-Defension so viel, daß er von der angestellten inquisition entweder absolute, oder auf vorgehenden Reinigungs-Eyd zu absolviren, ausführen möchte, wodurch denn nicht allein der piæ causæ das commodum entzogen, sondern auch, wenn Inquisit nullo facto illicito zur inquisition Anlaß gegeben, die aufgewendeten Unkosten dem Richter Amts wegen aufgebürdet würden, da hingegen ein und anderer Reus, wenn er zumahlen in facto illicito begriffen gewesen, ohngeachtet er sonst des gerügten Verbrechens halber unschuldig, zu Vermeidung des Inquisition - Processes und Rettung seiner Ehre lieber zu einer gewissen Geld-Busse sich zu bequemen pfleget, wie denn auch dergleichen transaction, immassen sie bevorab von uns exerciret worden, der analogia iuris nicht ungemäß, in Betrachtung, daß, gleichwie, vermöge Käyserlicher Rechte, magistratus competens den Ankläger aus erheblichen Ursachen die abolition gestatten kan, *L. 2. C. de abolit. L. 30. C. ad L. Iul. de adult.* also nicht abzu-

abzusehen, warum die Obrigkeit, welche im Inquisition - Processe des Anklägers Stelle vertritt, nicht gleicher Gestalt mit dem Reo transigiren könne.

Prosper. Farinac. Prax. Crim. lib. 1. tit. 1. quæst. 50. n. 3.

Dazumahl hierdurch publica satisfactio keines weges hintertzogen oder gehemmet, sondern vielmehr befördert wird, inmassen auch die bekandte Regul: daß in pœnis arbitrariis alternatiuis non Reo, sed iudici, die election zustehe, dißfalls keinen Abbruch leidet, indem selbige Reum confessum vel conuictum, adeoque absolute condemnatum præsupponiret, da hingegen in gegenwärtigen Fall solches suppositum cessirt, und die Straffe nicht schlechterdings, sondern allein zu Vermeidung des bevorstehenden Inquisition - Processes erkandt wird. Allermassen nun, daß berührter unser bißheriger modus pronunciandi nicht ohne Grund, wir in denen festen Gedancken begriffen; also stellen Ew. Churf. Durchl. hocherleuchteten Ermessen lediglich anheim, ob Sie, nach Beschaffenheit derer vorfallenden Inquisitions-Fälle, es bey obigen modo, jedoch, wenn zuförderst allezeit Reus vor Gerichte summarisch vernommen worden, gnädigst bewenden lassen, oder aber, damit der iudex inquisitionis sich über einigen Abgang derer fructuum inquisitionis desto weniger zu beschweren Ursache haben möge, mehr berührten modum dergestallt, daß nichts minder dergleichen Geld-Straffe ermeldten Richter zugesprochen werden solle, attemperiren wollen, wie wir denn zugleich den Grund dieses gantzen Wercks, woran dem gemeinen Wesen treflich gelegen, Ew. Churfürstl. Durchl. gnädigster Verordnung in Unterthänigkeit untergeben, damit zuförderst des Herrn Carpzouii doctrin, welche dißfalls zu weit zu gehen, und guten Theils zu denen obhandenen differentien Gelegenheit gegeben zu haben scheinet, nothdürfftig erläutert, in welchen Fällen eigentlich der Inquisition - Proceß statt haben solle, eine genauere und gewissere Ver-

Verfassung eingerichtet; und künfftig der Unterscheid in pronunciando unterbrochen werden möge. E re esse duxi, hanc ICtorum Vitebergensium sententiam hic regustare, quæ optime monitum §. *antec.* adductum illustrat, atque defendit, vt non possim non eam quoque calculo meo approbare. Plures adhuc aliæ obseruationes circa hoc iuramentum coaceruari possent, quas tamen vel ideo hic non tango, quod primario mea intentio huc directa fuerit, vt vsum huius iuramenti in criminalibus in foris protestantium magis improbarem, quam approbarem.

EXERCITATIO XLIX.
AD LIBR. XIV. PAND. TIT. II.
DE DISCRIMINE TEMPESTATIS MARINAE.

CAPVT I.
DE VARIIS GENERIBVS DISCRIMINIS TEMPESTATIS MARINAE.

ARGVMENTVM.

§. I. Homines non abhorrent a subeundis periculis. II. III. Discrimen tempestatis marinæ quid? IV. De auctore et audacia nauigationis. V. Damna maritima an ad casus for-

fortuitos pertineant? VI. An nauigare fas sit? VII. Sententia ethnicorum de his, qui in aquis perierunt. VIII. Eius examen. IX. Non omnia damna maritima culpae adscribenda. X. Alia casu, XI. alia culpa, XII. alia dolo contingunt, XIII. alia iure lucro. XIV. In diiudicandis damnis maritimis consuetudinis nauticae ratio habenda, XV. et standum peritorum iudicio. XVI. Ad casus fortuitos pertinent tempestas maritima, XVII. naufragium, XVIII. piratarum hostiumque vis, XIX. incendia, XX. collisio nauium. XXI. Damna maritima, culpa naucleri data, 1) per nauigationem tempore incommodo susceptam. XXII. An hiberno tempore nauigare par sit? XXIII. Nauigandum tempore opportuno. XXIV. 2) Per defectum instrumentorum nauticorum. XXV. 3) Per culpam in naui non bene religata. XXVI. 4) Per iactum anchorae nociuum. XXVII. 5) Per defectum anchoralis. XXVIII. 6) Per imperitiam nautae. XXIX. 7) Per defectum der Garnierung. XXX. 8) Per corrasionem murum. XXXI. 9) Per onus nauis iusto grauius, et per varios excessus in officio nautae. XXXII. XXXIII. Damna maritima culpa mercatorum data. XXXIV. Damna dolo illata. XXXV. Damna iure inferuntur 1) per iactum. XXXVI. 2) Si funes praecidantur.

§. I.

Homines non abhorrent a subeundis periculis.

Natura abhorret a morte, immo et *audaces fugiunt, quando iam prope mortem vident*, vt ait SOPHOCL. *in Antig. v.* 585. et tamen, quod mireris, homo tot periculis se exponit, tantaque discrimina subit, quae praesentem saepe mortem praefugiunt.

fugiunt. *Ea pericula* sane *sunt rarissima, quae si offendas minimum damnum; si rem feliciter geras, maximas vtilitates afferunt*, vt recte iudicat Gylippus *apud Thucydidem lib. VII.* In tantum enim cupiditatibus suis regitur homo, vt etiam pericula non necessaria subeat, modo finem, quem intendit, obtinere possit, vtut lucrum, quod exinde sibi promittit, tanti pretii non sit, vt vitam propterea tot exponere periculis necessum habeat. Bene HORATIVS *lib. I. od. III. audax omnia perpeti, gens humana ruit per vetitum nefas; nil mortalibus arduum est.* Longum immo infinitum foret, si hoc ipsum ex ipsis rerum argumentis declarare sustinerem, quae cuiuis obuia sunt, et in vita hominis quotidiana occurrunt. Sufficiat, nunc *quidem ad discrimina tempestatis marinae* prouocare, quae licet sat ardua et terribilia sint, non tamen deterrent homines a nauigationibus, non impediunt, quo minus homo se infido mari committat, et, neglectis quibuscunque tempestatibus, per aequora currat. Quem deterrent exempla eorum, qui in aquis perierunt, qui iacturam omnium bonorum suorum in mari fecerunt? Cum itaque talis sit conditio hominum, vt pericula maris haud euitent, inde euenit, vt non raro quoque in Iurisconsultorum scholis *de damnis in mari perpessis*, et de *naufragiis* concertationes exsurgant, et legum auxilium exposcant, et ita a scopo quoque haud alienum iudicaui, *istorum naufragia ex terra intueri*, et quasi *in littore positus, discrimina tempestatis marinae* secundum legum praecepta euoluere, et publica dissertatione, quid circa illa iustum sit, explicare.

Transitus ad thema propositum.

§. II. Denominationem rubricae desumsi *ex l. cum proponas 3. C. de nautico foenore*, vbi Imperatores amissarum mercium damnum non ei in casu proposito adscribendum esse cen-

Ratio tituli.

censent, qui susceperat periculum, ex hac ratione, quod non *ex marinae tempestatis discrimine*, sed ex praecipiti auaritia et inciuili debitoris audacia accidisse adseueratur. Denotat ergo *discrimen tempestatis marinae* periculum, quod ex maris tempestate oritur, quo sensu in iure saepe haec vox alias deprehenditur, vt *in l. 1. C. quae res vend. l. vlt. C. de poen. iud. l. 16. C. vbi causa fisci. l. 39. §. 1. de leg. 3. l. 7. D. de iniur.* Sicuti vero *periculi* significatus in iure varius et ambiguus est, et saepe pro *effectu periculi*, h. e. casu quolibet aut damno tam fatali quam culposo, accipitur, vt *in l. 5. D. commod. l. 10. §. fin. eod. l. 19. D. de hered. petit. l. 14. §. f. in f. D. de furt.* ita *discrimen* non tantum periculum ipsum, sed etiam effectum eius potissimum, seu detrimentum denotat, quamuis in *cit. l. 3.* maioris declarationis gratia simul mentio fiat *detrimenti*, quod ex discrimine tempestatis marinae accidit. Vnde etiam in vernacula Unglück zur See und See-Schaden saepe promiscue sumuntur. Hic itaque non tantum agendum est de variis casibus et infortuniis maritimis circa nauigationem obuenientibus, sed etiam de ipso damno, quod inde accidere solet. Porro etsi discrimen tempestatis marinae tantum illud detrimentum denotet, quod *ex tempestate* vom Ungewitter redundat, non raro tamen etiam haec vox metaphorice in genere *perturbationem*, *perniciem et infortunium* denotare solet, et ita in genere quoduis infortunium maritimum hic quoque denotat.

Progressus ad ipsum thema. §. III. Vt itaque ius ad factum, ad varios casus et tot discrimina rerum applicari possit, paulo distinctius et specialius discrimina varia marina intuebimur, memores illius, quod Poëta canit:

Suaue,

Suaue, mari magno turbantibus æquora ventis.
E terra magnum alterius ſpectare laborem.
Non, quia vexari quemquam eſt iucunda voluptas;
Sed quibus ipſe malis careas, quia cernere ſuaue eſt.

vid. Lucretius *lib. II.*

§. IV. Quisnam primæ ratis molitor fuerit, et intutum hoc iter primus ingreſſus fuerit, antiquorum magna et inſuperabilis fere eſt contentio, vti apparet ex tot ſententiis veterum, quas curioſe collegerunt LILIVS GREGORIVS GYRALDVS *de re naut. c. 1.* et POLYDORVS VERGILIVS *de inu. rer. lib. III. c. 15.* Sed cum noſtrum non ſit, tantas componere lites, et tota hæc quæſtio magis curioſa, quam vtilis ſit, ſuperſedebimus huic labori, illud interim facile indulgentes, audaciſſimum illum fuiſſe, qui primus nauigationem inſtituit, ſi pericula et diſcrimina conſideramus, quibus nauigantes omni momento expoſiti ſunt. Grauiſſimis pro more hoc exponit verbis HORATIVS *lib. I. od. 3.* *De autore primæ nauigationis.* *Audax primus nauta.*

Illi robur et æs triplex
Circa pectus erat, qui fragilem truci
Commiſit pelago ratem
Primus, nec timuit præcipitem Africum
Decertantem Aquilonibus;
Nec triſtes Hyadas, nec rabiem Noti,
Quo non arbiter Adriæ
Maior tollere ſeu ponere vult freta:
Quem mortis timuit gradum?
Qui ſiccis oculis monſtra natantia
Qui vidit mare turgidum et
Infames ſcopulos Acroceraunia.

Vnde PLVTARCHVS *in vita Catonis* refert, eundem dicere consueuisse, se pro tribus rebus per omnem vitam pœnitentiam egisse: *si quod arcanum mulieri credidisset; si per aquam traiecisset, quo poterat terra proficisci, si aliquis dies per incuriam sine studio transisset.* Similiter SENECA in *Med. v. 301.* ad mentem Horatii canit:

Audax nimium, qui freta primus
Rate tam fragili perfida rupit,
Terrasque suas post terga videns
Animam leuibus credidit auris:
Potuit tenui fidere ligno
Inter vitæ mortisque vias
Nimium gracili limite ducto.

An damna maritima inter casus fortuitos referri possint?

§. V. Ex quo statim concludendum esse videtur, discrimina tempestatis marinæ inter casus fortuitos haud esse referenda, sed magis culpæ adscribenda, cum imputandum ei videatur, qui se periculo temere commisit. Qui enim periculo se exponit, vitæ renunciare dicitur, *l. principes 6. C. de princip. agent. in rebus* ibique *glossa.* conf. SIGISMVND. SCACC. *de commerc. §. I. qu. 7. p. I. n. 17. et in L. mela. II. pr. D. ad L. Aquiliam* culpæ adnumeratur, si quis loco periculoso se commiserit. Admodum scite PLAVTVS *in Rudente act. II. sc. 6. v. I.* ait:

Qui homo se miserum et mendicum volet,
Neptuno credat sese atque ætatem suam:
Nam si quis quid cum eo rei commiscuit,
Ad hoc exemplum amittit ornatum domum.

§. VI.

§. VI. Hoc intuitu non defuere, qui nauigationes in totum reprobarent, et in classem rerum illicitarum ponerent. Sic FERDINANDVS VASQVIVS *lib. I. quæst. ill. c. 20. §. 21.* diserte ait: *Secundum quæ, quam naturæ hominum insitum sit, sui corporis periculum vitare, tam iuribus naturæ debitum esse intelligendum est, vt non audeant nauigare;* et *n. 22.* concludit, *nauigationes audere aut captare, esse contra ius naturale et contra tutelam et defensionem sui corporis vnicuique natura datum.* Idem *lib. II. c. 51. n. 45.* audacius ait: *nauigare etiam impossibile reputatur, nedum nimis difficile, nec quicquam est, quod magis ipsi naturæ aduersum pugnans contrarium esse intelligatur, quam nauigatio.* Ipse HORATIVS *lib. I. od. 3.* quoque iudicauit, nauigationem esse nefas, dum ita canit: *An nauigare licitum sit?*

Nequicquam DEus abscidit
Prudens oceano dissociabili
Terras, si tamen impiæ
Non tangenda rates transiliunt vada.

Idem *lib. III. od. 24.* eandem sententiam repetit:

Quid leges sine moribus
Vanæ proficiunt? si neque feruidis
Pars inclusa caloribus
Mundi, nec boreæ finitimum latus,
Durataeque solo niues
Mercatorem abigunt? horrida callidi
Vincunt æquora nautæ.

Neque dubium, quin hoc intuitu Lycurgus lege cauerit, ne Spartani vel nautæ fierent, vel nauali prælio pugnarent. PLVTARCH. in *Lacon. instit. p. 239. lit. D.* Ipse COLVMELLA *præf. lib. I.* iudicat,

iudicat, quod *homo terrestre animal rumpat fœdus naturæ.* add. RAPPOLTI *Comment. in Horat. ad od. lib. I.* vbi idem testimonio XENOCRATIS confirmat.

Sententia ethnicorum de his, qui in aquis pereunt.

§. VII. Alii vel ideo nauigationem nefas esse iudicarunt, quod secundum HESIODI mentem *graue esse indicauerint mori in fluctibus.* Scilicet Stoicorum philosophia hæc erat: *animam ignis ærisque temperamentum licet post corporum solutionem duraturam, ipsam tamen esse corpus tenuissimum et naufragio obrui et extingui posse.* vid. PETRVS la SENA *de iis, qui in aquis perierunt, c. 3.* Adscribunt hoc dogma potissimum HOMERO, quod SYNESIVM publice professum esse constat, vid. SYNES. *Ep. 4.* et plenius probat la SENA *cit. tr. c. 9.* Inde quidam crediderunt, parricidas vel ideo in aquis abiici solitos fuisse, vt propter tam enorme crimen non *corpus* modo, sed, si possibile foret, etiam ipsam *animam* extinguerent, delerent, et suffocarent. IACOB. GVTHER. *de iure mar. lib. I. c. 9.* PETRVS la SENA *cit. l. c. 9.* Eiusdem sententiæ fuisse VIRGILIVM, dum *lib. I. Æneid.* Æneam ingemiscentem inducit, putat SERVIVS, aiens: *Ingemit non propter mortem. sed propter mortis genus, nam secundum Homerum graue est perire naufragio. Nam anima ignea extingui videtur.*

Generalis responsio ad præcedentes obiectiones.

§. VIII. Verum non necesse esse duco longo circuitu vti, in reiiciendis sententiis, cum dogma Homericum satis insanum sit, et immortalitati animæ repugnet, de qua sæpissime ethnici titubarunt, quanquam SYNESIVS Episcopus excusari non potuit, quod suscepto episcopatu dogma illud nefandum veritati scripturæ sacræ anteposuerit, plus Homero suo, quam Deo credens. VASQVII argumenta itidem satis leuia sunt, cum non omne, quod periculis obnoxium est, repugnat iuri naturæ. Neque enim nauigantibus tantum tristiores casus imminent,

nent, sed etiam qui terrestribus se implicant negotiis: *illum bellantem arma decipiunt: illum diis vota reddentem penatum suorum ruina sepelit: ille vehiculo lapsus properantem spiritum excussit: cibus auidum strangulauit, abstinentem frugalitas; si bene calculum ponas, vbique naufragium est*, ait LOCCENIVS *de iure marit. lib. II. c. 1. §. 3.* Quin etiam in sacris ex ipsa nauigatione Dei prouidentia admiranda praedicatur, quod *det viam in mari, Prou. XXX. 19. et inter fluctus semitam firmissimam. Sap. IV. 4.* Nec quod ad abusum trahantur, statim ipsam rem illicitam facit. Si magna pericula nauigationem sequuntur, sunt tamen earum quoque sua commoda, quae ex ea in totum genus humanum redundant, quae summatim expendit STYPMANN. *de iure maritimo p. 1. c. 2.*

§. IX. Ex quo nunc concludo, quod non omnia *discrimina tempestatis marinae* culpae sint adscribenda. Hoc admitto, quod, qui in re illicita versatur, illi omnia imputentur, quae exinde sequuntur. Verum hactenus ostensum est, nauigationem esse rem licitam, iuri naturae haud repugnantem, cum promoueat commercia inter gentes, et rebus publicis admodum proficua, ne dicam, necessaria sit, quo intuitu recte iuris gentium dici potest *l. 5. D. de I. et I.* cum necessitate exigente inuenta fuerit *§. 2. I. de I. N. G. etc.* Vnde *naufragium* in iure etiam inter casus fortuitos refertur *§. 2. Inst. quib. mod. re contrah. obligat. l. 12. §. 1. de vsufr.* et aequiparatur vi maiori *l. 3. § 1. D. naut. caup. stab.* et qui periculum nauigationis suscipit, casum fortuitum suscipere dicitur. *l. 3. D. de naut. faen. l. 3. eod.* conf. LIBANIVS *in fine Basil.* vbi egregie de vtilitatibus nauigationum edisserit. Satis scite nauta quidam, pericula maris metuentibus, respondisse fertur; interrogabatur enim, *vbinam*

Non omnia damna culpa adscribenda.

nam mortuus esset eius pater? in mari respondit; *vbinam a-uus? ibidem, at tu cur mare ingrederis?* tunc reciprocata interrogatione, sic interrogantem nauta alloquitur: *Amabo dic mihi, vbi pater tuus mortem cum vita commutauit? in lecto: et vbi auus decessit? in lecto. Cur igitur et tu ipse lectum ingrederis?*

Diuersa genera damnorum maritimorum (1) per casum:

§. X. Quemadmodum vero alias damna sunt varii generis, ita quoque discrimina maritima ex diuersis fontibus oriri possunt. Quaedam enim meris *casibus fortuitis adscribuntur*, si talis inopinatus euentus accidat in mari, qui humano consilio et prouidentia praecaueri et auerti non potuit *l. 6. §. 7. de off. praes. l. 1. §. 4. D. de O. et A. l. 15. §. 2. loc. l. 2. §. 7. de adm. rer. ad ciuit.* Vnde etiam notanter *casus improuisus dicitur l. 13. C. mandat. et fatalitas l. 1. C. de iure Emphyt. fatale* autem *malum nemo effugere potest*, vt ait SOPHOCLES *in Antig. vers. 1444.* Et alibi *vers. 1076.* idem asserit: *sed fatalis potentia potens est, nec eam imbres, aut mors, nec torris nec stridentes celeres naues effugerunt.* Hoc intuitu in *l. 11. §. 5. de minor.* dicitur: *quod fato contingit, cuiuis patri familias quamuis diligentissimo potest contingere.*

(2) Per culpam:

§. XI. Quaedam per *culpam* contingunt. Haec opponitur diligentiae, et cum diligentia habeat suos gradus, ideo etiam culparum gradus vulgo tres statuuntur. Cum enim in moralibus non ad punctum, vti in mathematicis, omnia certa mensura et quantitate determinari possint, hinc ratio postulat, vt summum et infimum gradum et inter has intermedium assumamus. Hoc posito, qui gradum summum diligentiae omittit, culpam leuissimam, qui infimum, latam, et qui medium negligit, leuem culpam committere dicitur; parumque refert, siue in omittendo siue in committendo pecce-

tur

tur. *conf. l. 121. de R. I. l. 91. §. 1. de V. obl. l. 10. pr. §. 7. D. locat.* Et quia in contractibus non semper eadem diligentia a debitore requiritur, inde culpa, prout in contractibus præstanda est, consistit *in omissione diligentiæ debitæ:* qui enim gradus diligentiæ haud præstat, eius omissio quoque culpæ non annumeratur. Ceterum extra contractus si damnum inferatur, graduum culparum non habetur ratio, sed indistincte etiam culpa leuissima præstanda est. *l. 44. D. ad L. Aquil.*

§. XII. Quædam discrimina marina *ex dolo* alterius eueniunt. Dolus autem est proæresis, seu propositum, quo data opera a sciente et volente damnum datur. *l. 7. §. 2. de adm. tutel.* Vnde semper tales personæ præsupponuntur, quæ doli participes sunt: neque enim furiosi damnum hoc modo facere possunt. *l. 14. D. de offic. præsid. l. 5. §. 2. ad L. Aquil.* Interim dolus non præsumitur, sed probari debet. *l. 51. pro soc.* KLOCK. *de contribut. c. 19. n. 667.* 3] *Per dolum.*

§. XIII. Denique quædam damna maritima *iure* permisso fiunt, nullamque iniuriam habent. Toties autem *iure licito* damna data esse videntur, quando quis in mari seu nauigatione suo iure vtitur: qui enim suo iure vtitur, nemini facit iniuriam. *l. 55. de R. I. l. 3. §. 2. D. de lib. hom. exhib.* Neque enim conqueri potest de iniuria sibi facta, qui ædificando luminibus alterius officit, si seruitus nulla sit constituta, nec qui puteum fodit, licet alteri aqua subtrahatur. *l. 24. in f. l. 26. D. de damn. inf. l. 129. D. de R. I. l. 6. §. 6. quæ in fraud. credit.* In mari itidem multa huiusmodi damna occurrere possunt, vti infra videbimus. 4] *Iure licito.*

Potissimum consuetudinis marinae ratio habenda.

§. XIV. Cum non raro contingat, vt dubium emergat, vtrum damnum *iure licito* an *casu* fortuito, an vero *culpa* factum sit, ideo antequam varios marinae tempestatis casus referamus et excutiamus, praecautiones quaedam praemittendae sunt. Prima est: *in damnis datis eorumque diiudicatione potissimum respiciendum est ad consuetudines nauticas seu maritimas*, See-*coutumen*, vti vocantur, vtrum secundum an contra illas actum fuerit. BENEVENTVS STRACHA *de nauigat. n. 24.* Maris consuetudo enim ante omnia seruanda est, BALDVS *in l. 3. §. 4. de offic. proc.* PETRVS SANTERNA *de assecurat. p. 4. n. 10.* modo non sit reprobata a iure, qualis erat consuetudo, bona naufragorum occupandi, et fisco applicandi, quae disertis verbis reprobata est in *art. 218. C. Carol. criminal.* ibi: deßgleichen an vielen Enden der Mißbrauch, so ein Schiffmann mit seinem Schiff verfahret, Schiffbrüchig würde, daß er alsdann der Obrigkeit mit Leib und Gütern verfallen seyn soll. GAIL. *1. obs. 18. n. 6.* vbi in causa Hamburgensium contra Duces Holsatiae pronunciatum esse asserit. Quando ergo quid factum in nauigatione, quod consuetum est communiter fieri, in eo culpa nulla est. CRAVETTA *cons. 6. n. 88. Vol. 2. cons. Marp. 20. n. 19.* maximi enim in rebus dubiis mores loci vel maris attendi debent. *l. 34. de R. I.* CRAVETTA *cons. 206. n. 14.* Declarat hoc ipsum STRYK *in vs. mod. ad tit. de exercit. act.* in casu, de quo Hamburgi valde disputatum fuit, vbi nautae imputabatur, daß er ohne Convoye gesegelt, qui tamen omnem lapidem mouerat, vt sub tutela nauis eiusdam Batauicae nauigaret, sed antequam in tutelam eius veniret, in manus hostium der See-Capers inciderat, vbi prouocatum fuit ad consuetudinem nauticam, quod secundum eam egisset, daß es selten möglich wäre, daß die Schiffer von ihrer Absegelung solche Unterredung mit dem Convoyer pflegen könten, sondern daß vielmehr im Gegentheil die coutume durchgehends

also

also wäre, daß die Schiffer die Connoyer in der See suchen müsten, dahero der Schiffer Kruse es an nichts versehen, als welcher die See-coutumen accurat obseruirt.

§. XV. Altera regula est, *vt in rebus nauticis potissimum stetur iudicio peritorum*, qui peritiam rei nauticæ habent, peritis enim in arte sua credendum est, PACIANVS *de locat. quæst. 34. §. 5.* STRACHA *de nauigat. n. 25.* conf. *l. 12. D. de stat. hom.* quem in finem iuramento obstricti iudicium suum ferre debent. Res nauticæ sunt eius naturæ, vt a iudicibus quibuscunque non semper intelligi possint, quippe quæ peculiarem suam peritiam expolcunt. Sic Hamburgi peculiare *iudicium Admiralitatis*, *Admiralitäts*-Gericht constitutum est, in quo causæ nauticæ expenduntur ab eiusmodi Assessoribus, qui singularem nauticarum rerum peritiam habent. Conf. WERLHOF. *diss. de iudicio admiralit. Hamburg.* vnde non facile transmissiones actorum ad extraneos Iurisconsultos, qui harum rerum notitia destituuntur peritiori, permitti debent, vti patet ex sequenti responso, quod a STRYKIO mihi beneuole communicatum, et *Mens. May 1707.* conceptum est, vbi quæstio incidebat in causa assecurationis: Ob ein Hoch-Edler Rath in Hamburg in dieser Assecurantz-Sache nicht befugt sey selber zu sprechen, und die Verschickung abgeschlagen werden könne? *Iudicio peritorum standum.* *Quæstio.*

Bey dieser Frage könnte zwar eingewandt werden, daß 1) die transmissio actorum ordentlich denen Partheyen nicht abgeschlagen werden können, absonderlich wenn diejenige, so dieselbe vrgiret, hierzu rechtmäßige Ursache zu haben vermeinen, welche dem Ansehen nach sich allhie befinden, indem 2) Bekl. nicht hoffen dürfen, daß Dn. Iudices anders in dieser Sache sprechen werden, als bereits in causa plane simili et eadem Kraft contra Kœnig et cons. gesprochen *Rationes dubitandi.*

chen worden ist; auch ferner 3) bey den Iudicibus ad quos dieser besondere Umstand sich findet, daß unter ihnen unterschiedliche Hrn. des Raths anzutreffen, welche iudices a quibus gewesen, und also Bekl. billig zu verhüten, ne eundem iudicem in prima et secunda instantia habeant, auch 4) Bekl. vermeinen, daß Kl. im Rath mehr Freunde, als sie haben, und also die vota für sie nicht fallen möchten, ia 5) gnug seyn könte, daß die Herren des Raths bereits in causa hac plane simili gesprochen, inde non leuis suspicio oriri videtur. *arg. c. personis 20. de testib.* ZIEGLER *in prælect. ad tit. c. 20.* Diesen allen aber ungeachtet halte ich dafür, daß die transmissio actorum in dieser Sache nicht statt finden könne, denn 1) ist expediti iuris, daß kein Richter die Acta ad extraneum collegium zu verschicken gezwungen werden mag, prout in terminis tradunt *Berlich P. 1. concl. 59. n. 12.* CARPZ. *P. 3. decis. 243 n. 2.* SCHWENDEND. *ad Fibig. Processf. P. 1. c. 2. n. 3. §. 17. reg. 1.* COPPEN. *lib. 2. obs. 109. n. 9.* vnde si iudex denegauerit transmissionem, et ipse iudicauerit, propterea non permittitur appellatio, si aliud grauamen deficiat. MEVIVS *p. 4. decis. 334.* Welches vornehmlich 2) alsdenn statt findet, wenn ein Richter rechtmäßige Ursachen siehet, solche transmission zu verweigern, unter welchen Ursachen nicht die geringste ist, si pronunciandum sit super iis materiis, quæ peregrinis Iurisconsultis minus cognitæ sunt. MEVIVS *p 5 decis 357.* BRVNNEM. *de iure eccl. lib. 3. c. 9. §. 2.* Neque enim iudex debet decisionem petere super consuetudine ipsi magis quam extraneo iudici cognita. MEVIVS *ad ius Lubecense lib. 5. tit. 9. art. 7. in notis.* Id. *p. 3. decis. 40.* BERLICH. *p. 1. concl. 59. 12.* BRVNNEM. *cit. l. §. 1. ibique not.* Welche Umstände denn 3) allhier wirklich sich ereignen, da es auf See-Coutumen und Handlungs-Gebräuche, vornehmlich aber auf die Beschaffenheit des Hafens zu Port a Port ankommt, welche besser in loco beurtheilet, als von auswärtigen Rechts-

Rationes decidendi.

Ge-

Gelahrten verstanden werden können, zumahl in iudicio daselbst unterschiedliche membra zu finden, welchen die Reise nach Port a Port bekandt, und um desto besserer von dieser Sache als ein Fremder urtheilen können, wie denn auch die causæ recusationum nicht hinlänglich sind, zumahl wenn ratio dubitandi ada alle Richter suspect machen solte, solches fast allezeit in allen Fällen, worinn bereits vorher in simili gesprochen worden, geschehen könte, indem gar wenige controuersien im Gerichte vorfallen, dergleichen nicht schon vorhero in lite gewesen, vielweniger ist es quoad rat. dub. 3tiam gebräuchlich, ein gantzes Collegium propter causas, quæ tantum vnum alterumue membrum concernunt, zu recusiren, cum aliter integrum collegium recusari non possit, nisi adsit talis causa, quae singulos de collegio suspectos reddat. ZANGER *de except. p. 2. c. 4. n. 17.* VMMIVS *ad Process. disp. 1. n. 56.* CARPZ. *in process. tit. 3. art. 4. n. 87. seq.* Nun sind aber nur 4. Personen in den Ober-Gerichten, so in prima instantia in dieser Sache mit cognosciret, da hingegen auf die übrigen alle in solchem Collegio dieses nicht appliciret, vielweniger das gantze Collegium wegen dieser 4. Personen recusiret werden mag. Die 4te ratio dubitandi gründet sich auf blosse unerwiesene coniecturen, welche so lange nicht attendiret werden können, biß dieselbe deutlich dargethan; und endlich quoad rationem 5tam ist zwar in causa eadem bereits gesprochen worden, aber contra diuersas personas, et quidem separato processu, mit nichten aber ist wieder Bekl. vor diesem Gerichte bisher geurtheilet worden.

So ist dannenhero ein Hochedl. Rath zu Hamburg in dieser Sache ohne transmission selber zu sprechen, wohl befugt. *Decisio.*

§. XVI. Pergo ad ipsos *casus maritimos*, qui vi maiori seu mera fatalitate contigerunt. Huc pertinet primario *Inter casus fortuitos est*

(1.)

[1] *tempestas maritima:* (I.) *tempestas marina. l. 2. §. 6. D. si quis caution. l. 2. §. 2. D. ad L. Rhod. de iact.* Haec enim nemini imputari potest. Hinc SENECA *lib. 4. qu. natural. c. 7. homines sapientissimi negant, posse fieri, vt cum grandine aliquis paciscatur, et tempestates munusculis redimat, quamuis munera etiam Deos vincant.* Sed tamen subiungit: *At Cleonis iudicia reddebant in illos, quibus delegata erat cura prouidendae tempestatis, quod negligentia eorum vineae vapulassent, aut segetes perdidissent. Et apud nos in duodecim tabulis cauetur, ne quis alienos fructus incantassit. Rudis adhuc antiquitas credebat, et attrahi imbres cantibus et repelli, quorum nihil posse fieri, tam palam est, vt huius rei causa nullius philosophi schola intranda sit.* Respicit SENECA ad consueta apud gentes *incantamenta* seu *carmina magica*, de quibus vid. *l. 1. §. 3. de extraord. cognit.* quae et *suffragia* vocantur in *l. eorum 4. C. de malef.* vbi tantum illa *carmina* reprobantur, quae contra hominum salutem aliquid moliantur. Sed quod mireris, approbantur illa incantamenta, quibus imbres procurantur in salutem hominum. Expresse enim dicitur: *nullis vero criminationibus implicanda sunt remedia humanis quaesita corporibus innocenter adhibita suffragia, aut in agrestibus locis: ne maturis vindemiis metuerentur imbres aut venti grandinisque lapidatione quaterentur: quibus non cuiusquam salus aut aestimatio laederetur, sed quorum proficerat actus, ne diuina munera et labores hominum sternerentur.* Sic igitur certo modo approbati sunt *tempestarii* die Wettermacher, quorum tamen artem merito reprobandam censemus, tanquam inanem et futilem, et si ita in hominum potestate foret, imbres et ventos excitare, parum abesset, quin hominibus tempestates marinae possent imputari. Ceterum egregia *tempestatis maritimae* descriptio est apud OVID. *lib. XII. metamorph.* Satis notanter itaque damna ex tempestatibus huiusmodi orta in iure

iure adſcribuntur vi naturali *l. 59. locat.* vel *vi diuinæ l. 25. §. 6. eod.* vbi θεῦ βία vocatur vel *vis maior*, quorſum etiam refertur *violentia ventorum l. 24. §. 4. de damnis, vid.* LINCK. *de iure ventor.*

§. XVII. Cum ex tempeſtatibus plerumque naufragia oriantur, (II.) huc refero, ſi *naufragio peremta nauis ſit l. 36. §. vlt. D. de rei vind.* vel vt dicitur in *l. 3. C. de nauf. ſi obruta et ſubmerſa fluctibus nauis*, vel *ſi vniuerſos violentia tempeſtatis obrueret.* Et quia ad merum caſum pertinet, euentus dicitur *in l. 2. C. eod.* Ante omnia autem naufragium probandum, quod olim etiam per tormenta fiebat, ſi nautæ de eo interrogarentur *l. 2. C. Th. de naufr.* Eſt hic caſus eo triſtior, quo minus euitari poteſt, et quo maiorem horrorem animis hominum incutit: vnde apud OVID. *1. Triſt. eleg. II.* naufragium deſcribitur, tanquam malum ipſa grauius morte: [2] *naufragium:*

Non lethum timeo: genus eſt miſerabile lethi:
Demite naufragium. mors mihi munus erit.

§. XVIII. Naufragiis fere ſimilis eſt (III.) *deprædatio piratarum*, immo malum grauius quandoque cenſetur. *Felix nauigantium conditio*, ait QVINTILIANVS *declam. IX. qui procellas modo et ſæuos tempeſtatis incurſus, et albentes fluctibus ſcopulos aliaque pericula tantum maris pertulerunt: Ego miſer naufragiis inſideo captus barbaris manibus: nec tam nexu catenarum vinctus, quam pondere inundatum carcerem tuli et vincula macie laxaui.* Piratæ autem proprie dicuntur, qui priuato auſu prædam maritimam agunt, et tanquam latrones puniuntur, et ſicuti latronum incurſus et rapinæ caſibus fortuitis adſcri- (3) *Piratarum hoſtiumque vis.*

ſcribuntur *l. 23. D. de R. I. l. 15. §. 2. locati*, ita idem dicendum de deprædatione maritima. Ab his differunt, qui auctoritate publica inſtructi, prædas maritimas agunt, die Caaper, qui hoſtium numero habentur, verum factum eorum eodem modo caſui fortuito adſcribendum, vti deprædatio piratarum, *cit. l. 15. l. 1. C. de pignor. act. l. 1. C. depoſ. §. 2. Inſt. quibus mod. re contrab. obligat.* ibi: *latronum hoſtiumque incurſu.* Vnde quod prædones abſtulerunt, ei perit, cui ablatum eſt. *l. 2. §. 3. ad L. Rhod. de iact.*

4) *Incendia aliique caſus:* §. XIX. Praeterea huc (IV.) pertinet, ſi *ictu fulminis* nauis depreſſa, LAVTERB. *in coll. pr. ad L. Rhod. de iactu §. 12* vel alio *incendio caſuali.* vid. STRYK. *de incendio caſuali:* (V.) ſi nauis ventorum violentia concitata vadum ſuperare non poſſit, wenn es auf die Sandbäncke zu ſitzen kömmt, vbi plerumque nauis perit, vtut merces ſeruentur. Verum etiam (VI.) ſub ipſis vndis et fluctibus hoſtes latitant, qui nauigantibus inſidiantur, damnaque varia cauſantur. Intelligo *ſyrtes et ſcopulos* in mari latitantes, vt vix euitari poſſint, quorſum referri debent notiſſimi illi ſcopuli prope inſulam Scilly *l'Eveque et les Cleres* dicti, in quos inclytus ille expeditionum maritimarum præfectus *Chouellus* nuper admodum incidens, miſere cum ipſa naui periit. Non nego vtroque caſu poſſe culpam concurrere, ſi nauta deſtituatur notitia accurata horum ſcopulorum, quales plures alias notiſſimi ſunt; vt ſaxum illud prope Oelandiam Inſulam, die Schwedische Jungfrau, et alii, de quibus vid. STYPMAN. *de iure maritimo p. 3. c. 10. n. 32. ſeqq.* Quod ſi itaque propter imperitiam in talia loca periculoſa inciderit, non caſuale ſed culpoſum inde damnum naſcitur; ſecus eſt, ſi non ſua imperitia, ſed violentia ventorum adigatur. vid. *et Art. XXVII. 28. 29.*

§. XX.

§. XX. Huc potissimum pertinet (VII.) *collisio nauium* vi facta maris, die An- und Ueberseegelung der Schiffe, de qua extat erudita Differt STRYKII anno clclɔccvIII. habita. Fit mentio huius infortunii maritimi *in l. 29. §. 2. ad L. aquil.* ibi: *si fune rupto, aut cum a nullo regeretur nauis incurrisset:* et in *§. 3. cit. l. si cum vi ventorum nauis impulsa esset in funes anchorarum alterius*, et in *§. 4. ibid. si nauis alteram contra se venientem obruisset, si tanta vis naui facta sit, quae temperari non potuit, nullam in Dominum dandam actionem.* Non nego posse etiam collisionem *dolo* vel *culpa* fieri, sed ita huc non pertinet, verum ad inferius dicenda referri debet, veluti si vitio funium debilium collisio facta fuerit. Interim tamen cum FABRO *lib. V. coniect. 17.* non asserendum, talem impactionem nauis in anchoras factam culpa naucleri carere haud posse, quod potuerit hoc damnum praecauere, si bonis anchoris et funibus vsus fuisset. Sed si hoc supponimus, culpa vtique erit, non casus. Verum inde minime fluit, semper naucleri vitium vel culpam subesse, cum vis ventorum tanta et tam rapida esse possit, cui non funes validissimi, nec anchorae firmissimo ferro factae resistere queant. STRYK de *collis. nau. c. II. §. 17.* Plures casus non addo, cum tantum potiores referre destinaui.

7) collisio nauium.

§. XXI. Pergo ergo ad damna maritima *culpa* data Culpa autem potest esse vel *naucleri* vel *mercatorum conuectorumque*. Quod ad culpam *naucleri* attinet, damnum potest vel ex casu fortuito, cui culpa praecessit, oriri vel immediate ex culpa absque vllo concurrente vel subsequente casu. Huc itaque pertinet (I.) *si tempore incommodo et vetito nauigat.* Respexit huc ICtus *in l. 36. D. in f. de rei vind.* vbi ait, culpae esse reum, *qui nauem a se petitam aduerso tempore nauigatam misit, si ea naufragio peremta sit.* Olim legibus cautum erat, vt

De culpa naucleri.

1) Propter tempus incommodum.

 tantum

tantum a Kal. Apr. vsque ad Kal. Octob. nauigatio esset permissa, et ita mense Nouembri illa quiescere deberet *l. quotidie 3. C. de naufr.* Inde mare *claudi* et *aperiri* dicebatur, prout nauigatio interdicta vel concessa erat. Huc pertinet, quod *Act. XXVII, 9.* legitur de periculosa nauigatione, quod iam ieiunium præteriisset, i. e. *festum expiationis* instante iam mense Nou. Ratio hæc datur *in l. ciuitas 6. C. de offic. rect. prou.* quoniam *tempore hiemis nauigatio sæpe periculosa est et semper incerta.* IACOB. GOTHOFR. *ad Cod. Theodos. in l. 3. de naufr.* STYPMAN. *de iur. marit. p. 3. c. 7. n. 5. seq.* Equidem *in l. f. C. de nauigat.* HONORIVS Imp. in alia omnia ire videtur, dum constituit, *ne onusta nauigia cum prosperior flatus inuitat, sub prætextu hiemis immorari iudices loci permittant.* Verum satis erudite docet GOTHOFR. *ad l. 34. C. Theod. de nauic.* hoc constitutum esse in casu necessitatis, et ita *extra ordinem* propter famem, quæ eo tempore Romæ erat, cum casus necessitatis, et publicæ vtilitatis vbique exceptionem a iure communi inducat.

Hodie etiam hiberno tempore licite nauigatur.

§. XXII. Sed hodie hæc tempora a gentibus non obseruari, communiter asserunt STYPMAN *cit. l. n. 24.* STRACHA *de naut. p. 3. n. 1.* adeoque culpa hodie nulla amplius contrahitur ab eo, qui hieme nauigat, cum maris consuetudo, die See-*coutume*, hoc admittat. Qui autem id facit, quod consuetum est fieri, non peccat. Quin quod aliquando pro conseruatione mercium transuehendarum consultius sit, in hieme a littore soluere, quale pactum inter mercatores nuper Hamburgo ad illustrem Facultatem Iuridicam allatum esse memini, quo inter se conuenerant, eine gewisse quantität Citronen zu Genua einzuschiffen, die zu solcher Zeit zeitig, daß sie in Ian. 1699. nach Ham-

Hamburg könten gebracht werden, weil alsdenn diese Waare am daurhaftesten, und durch das Saison darinn erhalten werden könte. Hinc potius hodie culpa committitur, si nauigatio non instituitur conuento tempore. STRACHA *de naut. p. 3. n. 3.*

§. XXIII. Nihil ergo hodie ad officium naucleri amplius requiritur, quam ne opportunum tempus nauigandi intermittat, h. e. vt dicitur in *l. f. C. de nauicul. cum prosperior flatus inuitat.* Huc pertinet constitutio Hamburgensis in *P. II. tit. 14. art. 5.* vbi dicitur: Ist ein Schiffer befrachtet, und bleibt so lange liegen, daß ihm Gelds entbricht, der mag wol an Land senden umb Geld, aber er mag keinen guten Wind verliegen, thäte er das, er ist schuldig, dem Kauffmann den Schaden zu erlegen. Quodsi nautae de tempore opportuno nauigandi dissentiant, nauclerus se accommodare debet ad vota maiora, alioquin in culpa est, vt disponitur in *iure Hamb. cit. t. art. 6.* Vnde in nautis singularis ventorum notitia requiritur STYPMAN. *p. 3. de iur. marit. c. 8. n. 20.* cum si eam non habeant, facile contingere possit, vt damnum inde nauis sentiat. Conf. *l. 13. §. 1. locat. l. 36. f. d. R. V.* *Hodie tempus quodlibet idoneum attenditur,*

§. XXIV. Porro (II.) ad officium naucleri pertinet, *vt optimis instrumentis nauticis*, Geretbschaft, *instructus sit.* Hoc neglecto, insignem culpam contrahit, cum in culpa sit, qui non prouidet id, quod a diligente fuisset prouisum, *l. si putator 31. D. ad L. aquil.* veluti si non solidis et firmissimis anchoris et rudentibus, item si debilibus funibus sit instructa nauis, et inde periit. KÜRICKE *ad tit. X. art. 3. iur. marit. Hans.* STRACHA *de naut. p 3. n. 41.* In iure Hamburgensi hac de re ita disponitur *p. 2. tit 14. art. 36.* Es ist ein jeder Schiffer schuldig, gute starcke Kardeln und Windetackeln in dem Schiffe zu halten, da man *2) Culpa est, si instrumentis nauticis idoneis destituitur.*

des Kauffmanns Güter mit ein und aussetzen kan. Zerbricht aber das Windetackel, also daß Schade an dem Gute geschiehet, und daß die Boßleute dem Schiffer gefraget haben, ob die Tackel starck gnug seyn, und er Ja darzu gesaget, so soll der Schiffer zu dem Schaden allein antworten. Conf. *Handuesten*, *Priuilegien*, *Octroyen Costymen en Wellekeuren der Stad Amsterdam p. 3. l. 5. p. 674. Ius Wisbyc. marit. art. 47.*

3) Si nauis non fuerit bene religata.

§. XXV. Huic proximum est, (III) *si nauis in portu non bene religata est*, vt, ruptis funibus, damnum det. De hac culpæ specie ita disponitur in *consulatu maris cap. 224. Een Schipper leggende met syn Schip in een Baay Have, of andere plaats, indien de Koopluyden, die't scheep zijn, hem ansеggen, dat hy't schip sal vast maaken, en dat de Schipper het Schip niet vast maakt, of mogelyk niet voorsien is von al sodanig-gereetschap, als hy opgegeven heeft, een de Koopluyden tes saake, voorsz. eenige Schaade komen de leyden, is de Schipper gebouden, die Schaade te vergœden, dewelke de Koopluyden daar door sullen geleden hebben.* Damnum enim quoque dedisse videtur, qui occasionem damni præstat. *l. 30. §. per D. ad L. aquil.* Vnde decisio ICti *in l. 29. §. 2. D. eod* ad damna culposa minime referri debet, vbi ait: *si, fune rupto, aut cum à nullo regeretur nauis, incurrisset, cum domino agendum non esse.* Præsupponit ergo ICtus casum, si nauis satis bene religata, sed vi ventorum funis ruptus sit, id quod contextus docet, cum ICtus in præcedentibus de damnis culposis egerat, in verbis adductis ad casuale pergit, quod indicat particula diuersificatiua: *sed si etc.* STRYK. *diss. de collis. nau. c. II. §. 17.* STRACHA *cit. l. n. 42.*

§. XXVI.

§. XXVI. Huc quoque (IV.) pertinet, *si anchoræ in præiudicium aliarum nauium, quæ iam in portu sunt, iaciuntur*, vnde aliis nauibus damnum exsurgit. In *consulatu maris c. 197.* hac de re ita cautum legitur: *Een Schip in een Baay, of Have, of aan een Kust of andere plaats eerst geankert leggende, moet ydes Schip, dat door na ankomt, syn ankker so laanig leggen, dat hy diegeene, die vor hem legt, geen Schaade kan doen: en so hy hem eenige Schaade doet, is hy schuldig de geheele Schaade te vergæden, en te betaalen.* Vnde etiam in *c. 200.* præterea disponitur et præcipitur, vt naues, portum intrantes, eiusmodi stationes a se inuicem dissitas eligant, ne sibimet inuicem damnum inferre possint. Cum hoc fere conuenit, quod in iure Hamburgensi *p. 2. tit. 14 art. 2.* disponitur, vi cuius is, qui primus portum intrauit, ab eo, qui post eum venit, prætendere potest, vt remotiorem locum a se in anchoris iaciendis eligat, alioquin damnum, quod inde redundat, pro culposo merito habetur. Naturale enim est, vt ille alteri cedat, qui iam ante eum portum occupauit, stationemque elegit. Hinc dicitur: Liegen Schiffe bey einander in einem engen Hafen, und derjenige, welcher seinen Ancker am ersten geworffen oder gesetzt hat, zu dem andern, so itzt gesetzt, spricht, er möge seinen Ancker leichten, und ferner absetzen, denn er liege ihm zu nahe, weigert sich derselbe das zu thun, so mag der ander das Ancker leichten, und fürter von sich legen, hindert und verbietet der ander solches zu thun, kommt Schade davon, den soll der bessern, der das hinderte. Conf. *ius Wisbycense art. 28.*

4) *Iactus anchorarum.*

§. XXVII. Debent autem anchoræ habere sua signa indiculaque, vt possit inde constare, in quo loco iaceant. Vocantur alias *de Teckens, Dobbers of Boeyens van de Anckers* vid. *consul. maris c. 243.* item Wachters. Hinc (V.) si naucle-rus

5) *Defectus anchoralium* des Ancker-Boyens.

rus hæc indicula omittat, anchorasque ita iaciat, vt a nouiter adueniente naue videri non possint, damnumque inde sentiat, culpam contrahit. In iure Hamburgensi *cit. l.* hoc clare prouisum legitur his verbis: Lieget auch einig Ancker ohne Boye oder Abzeichen, und dahero Schade entstünde, denselben bessert derjenige, der seinen Boyen nicht geleget. Quodsi tamen indicula in loco habuit, vbi anchoræ deprehenduntur, et forsan per factum alterius vel alium casum inde amissa fuerint, non tenetur, sub distinctione, quæ ibidem occurrit. Interim ille in culpa est, qui signum amouet, de quo casu ita in *consulatu maris. c. 243. Een Schipper, de welcke de Teckers, Dobbers, of Boeyens van de Ankers van eenig Schip, dat by hem geankert legt, wegneemt, of doet wegneemen, is gebouden, so die Ankers verlooren raaken; aan den Schipper, die de Ankers toebehooren, so veel te betaalen, als deselve onder Eede verklaaren sal, dat se waardig syn geweest een daarin in boven ook alle Schaade te vergœden, die deselve daardor sal geleden hebben.*

6) Imperitia nautæ vel gubernatoris.

§. XXVIII. Hoc (VI.) parum dubii habet, damnum esse culposum, si per *imperitiam* nautæ contigit, veluti in syrtes et scopulos inciderit, cum imperitia culpæ annumeretur. *l. 132. de R. I.* Similiter si gubernatoris des Steuermanns imperitia aliquid fiat, eius culpæ hoc imputandum, vti cautum est in *consulatu maris c. 60. p. 73.* his verbis: *En indien hy het geen hy beloofst sed hebben, niet kon, nog verstaat te doen, moet gemelde Stuurmann alle Kosten, en Schaade, die't Schip komt te doen, of te lyden, betaalen.* Eleganter hac de re iudicat CICERO *orat. pro Cn. Planc. p. m. 634.* aiens: *Omnes istius modi artes in iis reprehenduntur, qui cum professi fuerint, satisfacere non possunt; non ab iis, qui abfuisse ab his studiis confitentur.*

§. XXIX.

§. XXIX. Similiter (VII.) culpæ nautæ adſcribitur, ſi nauis non ſatis ſit inſtructa, vel admodum leuiter tabulis obducta, vt facile aqua penetrare in eam poſſit, wenn es nicht wohl garniret iſt; in eo enim conſiſtit officium naucleri, vt nauis ita ſit inſtructa, ne mercibus illatis damnum aqua contingere poſſit. Hoc intuitu in iure Hamburgenſi *P. 2. tit. 14. art. 34.* diſponitur: Es ſoll ein ieder Schiffer auf die Garnehrung, Stauung der Güter, und was demſelben anhängig, fleißig auf acht haben, damit des Kaufmanns Güter keinen Schaden leiden mögen. Entſtünde daraus Schade, oder die Güter von dem Schiffer oder ſeinem Schiff-Volcke verringert würden, ſo ſoll der Schiffer den Schaden dem Kauffmann, der denſelbigen erlitten, von dem Seinigen zu erſtatten ſchuldig ſeyn. Et *in art. 35.* eiusdem iuris dicitur: Wenn die Kohbrügge, und Uberlauff, und das Schiff obern Waſſers nicht wohl gedichtet, und dahero ſich Schade verurſachet, ſo kommt der Schade auf dem Schiffer. Tenentur enim nautæ de recepto, et *neceſſe eſt, eorum fidem ſequi, et res cuſtodiæ eorum committere l. 1. §. 1. naut. caup. ſtab.* cum, vt ait VINNIVS *ad Peckium de re naut. p. 5. lit. c. vectores et hoſpites tempus haud habeant ad explorandam nautarum fidem, ſed quodammodo cogantur ſtatim cum iis contrahere, resque ſuas horum hominum, quamlibet ignotorum, cuſtodiæ committere.* Huc quoque pertinet diſpoſitio *conſulatus maris c. 59. p. 71.* vbi officium naucleri deſcribitur: *Desgelyks in die Schipper ok gebouden, al haargoed te verbergen, en te bewaaren, en gaade te ſtan.* Hoc ſepoſito in *c. 62.* idem fere diſponitur, quod iam ante ex iure Hamburgenſi adductum eſt. *De Schipper moet de Schaade draagen van't Goed, het welk in't Schip nat bevonden word, en nat geworden is door't Water von't Verdek of door't Boord of door Gebrek van Garniering en in dien het kamt nat te worden doort*

7) *Defectus* der Garnierung.

doort Water, dat het Schip in de Boden kryegt, daar't evenwel genoeg gegarniert was, en't door't Boord, dovr't Verdek, geen Water gekreegen haad, is de Schipper geen Vergœding schuldig. Ratio diuersitatis est, quod posteriori casu officio suo satisfecerit, non vero priori. Quomodo autem iudicari possit, an nauis sufficientèr tabulis sit obducta, *genoeg gegarniert*, vt BATAVI loquuntur, plenius explicatur in *c. 64. consul. maris.*

*) *Corrosio murum.*

§. XXX. Huc etiam refero (VIII.) *corrosionem murum*, quæ culpa naucleri in mercibus illatis contingit. Tunc autem in culpa sunt, si feles in naui haud habeant, quibus hoc damnum præcaueri posset, simili ratione, sicuti fullo tenetur, si mures vestimenta roserint, *l. 13. §. 6. D. locati.* STRACHA *de naut. p. 3. n. 48.* In *consulatu maris c. 65. p. 81.* hac de re ita cauetur: *Indien't goed in't Schip van de Muysen beschadigt word, en in't Schip geen Kat is, moet de Schipper het vergoeden.* E contrario, si feles in naui habuit, verum forsan mortuæ fuerint, excusatur, vt additur in *cap. seq. consf. mar. Maar het sprekt niet, in gevalle hy in gemelde Schip een Kat sol hebben als he begint te laaden, en geseyde Katten, na dat se von de plaats sullen vertrukken zijn, komen te sterven, of gesturven sullen zijn, en de Muysen eenig Goed beschadigt hebben, voor dat se aan en plaats zijn, daar se Katten konnen krijgen. Indien de Schipper aanstonts Katten koopt so haast als hy aan een plaats weesen sol, daar hy je voor Geld, of andersints kan bekomen, en in't Schip set, is hy niet gehouden de Schaade te vergoeden, terwijl se door sijn Schuld niet ontston is.*

§. XXXI.

§. XXXI. Præterea committit nauta culpam, (IX.) *si nauem plus æquo onerauit.* STRACHA *de nauta p. 3. n. 13.* LVCAS de PENNA *ad l. vn. C. ne quid oner. publ.* Stat. Hamb. *p. 2. tit. 14. art. 24.* consulatus maris *cap. 181. seq.* (X.) *si nauclerus nauigationem alii committat, domique maneat.* Secundum mores nauticos enim ipse iter suscipere tenetur, vt dicitur in *consulatu maris c. 191. Een Schipper, die sijn Schip an Koopluyden, of andere Personen verhuurt, kan sig niet verschoonen, van in Persoon oop reys te gaan, ten waare sülks te vooren toen hy het Schip verhuurden, bedungen was, en so hy sonder Consens der Koopluyden t'huys blijft, is hy schuldig, al de Schade, die gemelde Koopluyden op die Reys sullen lieden, en die sy door Schuld des Schipper, die't huys gebleven was, sullen geleeden hebben, goed te doen, en te betaalen.* Est enim personæ singularis industria et peritia electa, quo casu substituendi facultas cessat. BRVNNEM. *ad l. 31. n. 2. D. de solut.* HONDEDAEVS *vol. 1. consf. 55. n. 77. seqq.* MENOCH. *lib. 2. præs. 38.* Referri huc potest decisio *l. 31. pr. de solut.* ex qua BRVNNEM. *c. l. n. 1.* infert, *in operis artificialibus, in quibus vertitur ingenium et ars, in dubio personæ industriam electam censeri.* Equidem in *l. 1. §. 5. de exerc. act.* dicitur, quod magister nauis alium substituere possit, sed hoc tantum effectu, vt exercitor æque ex facto substituti, quam magistri obligetur. (XI.) *Si nauclerus merces receptas alii naui imponat sine voluntate mercatorum. vid. Stat. Hamb. p. 2. tit. 14. art. 4.* vbi dicitur: Setzet ein Schiffer einige eingenommene Güter in ein ander Schiff, ohne Vollbehrt derjenigen, die sie ihm eingeladen haben, und solch Schiff auf der Reise zu nichte käme, so soll der Schiffer den Schaden bezahlen. Simile quid in iure disponitur in *l. si vehenda 10. §. 1. D. ad L. Rhodiam de iactu*, vbi tamen hæc additur limitatio: *si vtraque*

9) Si nauis plus æquo onerata.

10) Si alium substituit nauclerus.

11) Si merces receptas in aliam transfert nauem.

nauis ea nauigatione periit, quæ limitatio quoque in iure Hamburgensi repetitur, quia ita nulla culpa ordinata ad casum præcessit. BRVNNEM. *ad cit. l.* sed æque perituræ fuissent, si vel maxime in aliam nauem non fuissent translatæ. VINNIVS *ad Peck. in cit. l. p. 286.* (XII.) *Si nulla necessitate coactus in itinere ad littus appellit vel portum ingreditur*, modo hoc fiat sine consensu mercatorum, damnum enim, si quod inde contingit, pro culposo habetur. *Consulat. maris c. 99.* (XIII.) *Si propter inimicitias nautæ nauis damnum patiatur. l. 25. §. 4. loc.* (XIV.) *Si præcipiti auaritia ductus nulla motus causa deuia sectatur loca:* minus recte enim nauigat. *l. 8. C. de nau.* (XV.) *Si sub ductu nauis bellicæ haud nauigauit*, vbi tamen potuisset, et ipsi hoc iniunctum est, daß er mit *Connoye* vertrecken soll. STRYK *in V. M. tit. de exerc. act. §. 3. 4.* Et in genere, quoties alias contra officium suum vel fidem pactorum agit, vel alias in mora est. WERNER *de contrib. propter iact. th. 31.*

12) Si portum illicite ingreditur.

De culpa mercatorum.

§. XXXII. Præterea etiam detrimentum marinum contingere potest *culpa mercatorum conuectorumque.* Huc pertinet, si nauis tempestate marina quassata fuerit, vt refectione indigeat, et tamen mercator in causa sit, ne naucleras possit intrare portum. Equidem in *consul. maris c. 99. p 120.* cauetur, quod nauclerus sine consensu mercatorum portum intrare non possit. Interim si inique et sine ratione dissentiant, damnum omne, quod inde euenit, resarcire tenentur. Porro in culpa est mercator, si, quæ in nauim refert, specifice nauclero haud indicat. Debent enim mercatores hodie accuratam specificationem mercium suarum nauclero tradere, alioquin si damnum postea oritur, non de aliis, quam illis tenetur, de quibus certior factus est, secundum mores nauticos. In *consul. maris c. 112. p. 143.* id ipsum clare prouisum est his verbis:

Te

Te weeten als het Schip onder Zeyl, en buyten gaats is moeten de Koopluyden de Bootsgesellen, Passagiers, en een ygelijk die Gœd in't Schip heeft, by den Schrijver gaan, en het Gœed, dat sy in't Schip sullen gebracht hebben, aangeven, en so sy dat niet doen, is de Schipper nog de Schrijver in geen Schade, die het Gœd, of de Koopmannschap mogt overgekomen zijn, gehouden. De iure ciuili Romano in omiſſione huius ſpecificationis non videtur culpa commiſſa fuiſſe, vti apparet ex *l. 1. §. f. D. naut. caup. ſtab.* vbi merces nautæ periculo eſſe dicuntur, ſiue ei adſignatæ fuerint, ſiue non. Conf. VINNIVS et PECKIVS in *tr. de re naut. ad cit. l. 1.* STRVV. *ex: VIII. th. 108.* LVDOVIC. PIGVER. *decif. 45. in addit.* Sed conſuetudines maritimæ ſpecificam deſignationem, quam ni fallor *connoſſement* vocant, requirere, patet ex *conſulatu maris cit. l.* vbi conſuetudines nauticæ collectæ leguntur, vt dicitur in rubrica *c. 44. Hier beginnen de gœde Kostumen van de Zee.* Vnde ſolius mercatoris detrimento ſunt merces haud indicatæ. *Conſul. maris c. 113. p. 145.*

§. XXXIII. Poſſunt etiam reſpectu aliorum obligati eſſe mercatores conuectoresque, et ita ratione horum culpam committere. Sic qui mandatario nomine merces recepit, vt ipſe per ſe eas transferret, non alii rurſus commendaret, tenetur de omni caſu, ſi alii commiſerit merces, de quo pleniſſime diſponitur in *conſul. maris, c. 267. p. 447. ſeq.* Similiter ſi mercator iure ſocietatis aliis obligatur, et ſimul tanquam inſtitor negotiationi præpoſitus eſt, et tamen leges præpoſitionis transgreditur, damnum, quod ex diſcrimine tempeſtatis marinæ accidit, in eum redundat, ſicuti enim inſtitor, ſi fines ſibi praſcriptos exceſſerit, etiam finito officio conueniri poteſt, *l. 1. §. f. D. quod iuſſ. l. 5. §. 11. l. 11. § 5. D.* *Alia exempla adduntur.*

 de

de inst. act. ita multo magis societatem obstringere nequit suo facto, quod contra pactum suscepit, sed suæ culpæ adscribere debet. Sed cum variis contractibus aliis id contingere possit, infinitum foret, omnes culparum species hic referre, quæ ex ipsis contractibus facile haberi possunt.

Damna dolo causata in mari.

§. XXXIV. Pergo ergo breuibus ad detrimenta maritima *dolo* causata. Pertinent huc illi, de quibus mentio fit in *l. 3. §. 8. D. de incend. ruin. naufr.* quorum scilicet fraude aut consilio naufragi per vim suppressi sunt, *ne naui vel iis periclitantibus opitulentur*, in quos tanquam sicarios ex lege Cornelia agi poterat. Horum naufragia supprimentium quoque fit mentio in *l. 3. §. 4 D. ad L. Cornel. de sicar.* Conf. *Nou. Leon. 64.* Similes sunt illis, qui diripiunt naufragos, quale quid olim publicani sæpe audebant. *l. 9. D. ad L. Rhod. de iact.* Pari ratione pro damno doloso reputandum illud factum, quod in *l. 2.* ad *legem Rhod.* apud PECK. *de re naut. p. 16.* habetur. Verba legis Rhodiæ sunt hæc: *si exercitore consentiente nauis alterius anchoras in portu vel in littore stationem habentis nautæ rapuerint, atque inde nauem anchoris spoliatam perire contigerint, his ita accurate probatis, omne damnum, quod nauigio et iis, qui in eo sunt, accidit, exercitor ille, qui rapinam fieri permisit, in solidum præstet.* Idem quoque iudicandum de his, qui indicula auferunt dolose, die Boyen von dem Anckers, vt nouiter aduentantes anchoras videre non possint. *Consul. maris c. 243.* Sic potest naufragium voluntarium fieri, quod exemplo illustrat STRYK. disp. *de collis. nau. c. 2. §. 24.* de exercitore, qui nauclero suo in mandatis dederat, vt voluntarium faceret naufragium, ne dominis nauis aut mercium venditarum pecuniæ maximam partem consumtæ et dilapidatæ rationem reddere teneretur. Adducitur præterea casus damni dolo

dolo causati ex *iure maritimo Suecico p. 5. c. 6.* vbi ita disponitur: Wolte jemand so geitzig seyn zu einem mörderischen Gewinn, daß er unterm Schein von Fischen bey Nachtzeiten auf dem Bothe oder einer Klippen ein Feuer anzündete, oder auch allerhand Griffe gebrauchte, daß er dadurch die See-Fahrende an ihrem Cours an Grund verleitete, so daß das Schiff, Gut oder Volck dadurch zu Schaden und Unglück käme, derselbe, wie auch alle die, so mit ihm in Rath und Gesellschaft gewesen, sollen am Leben und Eigenthum nach Art und Weise, als der Schade und die That grob und groß zu seyn befunden wird, gestraffet werden. Sic etiam collisio nauium dolo fieri potest, de quo casu fit mentio in *iure Wisbycensi art. 27.* vbi ita: Es begiebt sich unterweilen, daß man andern guten Schiffen ein altes Schiff in dem Weg leget, damit es allen erlittenen Schaden von andern bezahlet bekommen möge, da es von andern Schiffen zernichtet würde.

§. XXXV. Denique damnum *iure* datur (1) *per iactum*, si laborante naue leuamentum eius necessarium sit; talis iactus enim omni iure permissus est, et ita aduersus eum, qui merces eiecit, nulla actio de damno iniuria dato competit *l. 14. pr. D. præscr. verbis.* *Necessitas enim magnum humanæ infelicitatis patrocinium est*, vt verbis SENECAE vtar *l. IV. contr. 37.* Idem alibi ait: *Necessitas est, quæ nauigia iactu exonerat. Necessitas est, quæ ruinis incendia opprimit. Necessitas est lex temporis.* Vt autem iactus licite et iure permisso fiat, requiritur, vt nauclerus prius deliberet desuper cum mercatoribus conuectoribusque, illisque præsentem necessitatem proponat. In consulatu maris *art. 97.* formula propositionis a nauclero faciendæ ita proponitur: *Heeren Koopluyden indienwy niet werpen, loopen wy ten uytterste gevaar von lyf en goed, en alles, wat hier is, te verliesen; en indien gylieden Heeren Koopluyden* ver-

Damnum iure datum (1) per iactum.

verstaat dat wy sullen werpen, konnen wy met Gods Hulpe ons lijf, en een groot gedeelte der gœdere behouden; en so wy niet werpen, is het geschapen, datwy met al het gœd sullen blijven. In antiquo *iure Wisbicensi art. 20. sq.* et legibus nauticis PHILIPPI II. *art. IV.* eadem necessitas explorandi consensum mercatorum nauclero imponitur. Consentiunt Hamburgensia Statuta *P. 2. tit. 16. art. 1.* in quibus ita disponitur: Ist ein Schiff in Wassers-Noth, und der Schiffer begehrte zu werffen, so soll man die Fracht-Leute fragen, ob es ihr Wille sey? Ne vero putes, damnum ita contingere communi consensu nauigantium, non vero iis inuitis, statim additur: Wäre es denn ihr Wille nicht, und dem Schiffer samt zweyen oder dreyen von den Schiff-Männern deuchte, es wäre besser gethan als gelassen, so mögen sie werffen &c. STRYK. *in Vs. Mod. ad tit. ad Leg. Rhod. de iactu §. 2.*

2) Si funes praecidantur.

§. XXXVI. Alia (2) species damni *iure licito* dati est in *l. 29. §. 3. D. ad L. Aquil.* vbi ICtus ita: *si cum vi ventorum nauis impulsa esset in funes anchorarum alterius, et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo, nisi praecisis funibus se explicare potuerunt, nulla actio danda est.* Ratio in simili casu datur in *l. 3. §. pen. D. de incend. ruin. naufr. nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset.* Idem in *cit. l. 29.* applicatur ad casum, si nauis in retia sine nautae culpa incidit, quibus se absque incisione retium explicare non potuit. Huc etiam PVFENDORF. *de I. N. et G. lib. VIII. c. 2. §. 4.* refert nauarchas, qui in statu belli periculosissimo ignem pulueri pyrio iniiciunt potius, quam vt vna cum naui in hostium potestatem perueniant etc.

CAPVT

CAPVT II.

DE

ORDINARIA PRAESTATIONE DETRIMENTI MARITIMI.

ARGVMENTVM.

§. I. Præstatio damni quotuplex? II. An res pereat domino? III. De regula, quod res pereat, cui debetur. IV. Eius vsus in contractibus. V. In damno extra contractus contingente, nauis perit Domino. VI. VII. Sententia iuris Wisbycensis et aliorum iurium maritimorum. VIII. An ex contractu inter vectores et nautas obligatio sit ad damnum casuale in naui præstandum? IX. An mercibus deperditis naulum debeatur. X. XI. Inter exercitorem et magistrum de damni præstatione ex indole locationis vel mandati iudicandum. XII. In societate maritima damnum est commune. XIII. De damno in instrumentis nauticis commodato acceptis. XIV. De damni maritimi culposi præstatione. XV. An plures in solidum teneantur? XVI. Cessat damni reparatio, si in collisione nauium culpa vtrimque æqualis est. XVII. De nautæ ad damnum præstandum obligatione. XVIII. De actione aduersus eundem. XIX. Exercitor ex culpa magistri sui tenetur. XX. De obligatione conuectorum inter se ex societate. XXI. Mandatarius quatenus ex damno in naui contingente teneatur? XXII. Damna dolo data criminaliter vindicantur. XXIII. De iactu et bauaria. XXIV. Quæ bona in contributionem

tionem veniant? XXV. *Quibus per iactum est nocitum, conferendum est?* XXVI. *Intuitu mercium iactarum non indicatarum domino non fit contributio.* XXVII. *De contributione in aliis damnis, citra iactum emergentibus.* XXIIX. *Illis conferendum, qui expensas in vtilitatem communem fecerunt.* XXIX. *De damni aestimatione.*

§. I.

Connexio.

Quemadmodum in *c. anteced.* ostensum est, quadruplici ratione damnum posse contingere, ita nunc eodem ordine videndum erit, quis damnum illud, quod ex discrimine tempestatis marinae euenit, praestare et resarcire teneatur. De casu notae sunt regulae: *quod res pereat suo domino*, seu *quod casus in nullo contractu praestetur.* Ast quoniam hae regulae vel non vniuersales sunt, vel quodammodo obscurae, iuuabit, rem distinctius proponere. Videlicet praestatio damnorum marinorum est duplex, vel *ordinaria*, vel *extraordinaria.* Illa dirigitur secundum regulas iuris communis. Haec vero descendit a regulis illis, et hoc intuitu *exceptionem* constituit. Cum autem primum de *regula* videndum sit, illam hoc capite exponendum duco, reliqua ad *exceptiones* pertinentia capiti sequenti reseruaturus.

Praestatio damni quotuplex?

An res pereat suo domino?

§. II. Equidem *quod res pereat suo domino*, communiter asseri solet, et in nonnullis contractibus vsum habet. Verum haec regula minime ita comparata est, vt omnibus contractibus applicari queat. Est enim illis tantum propria, in quibus res alterius penes alterum est cum obligatione restituendi, ita enim res non illi perit, qui eam ex contractu tenet, vt commodatario, conductori etc. sed domino, cui erat restituen-

ſtituenda. *l. 6. C. de pign. act. l. 18. pr. commod. l. 23. in f. de R. I. l. 25. §. 6. loc. l. 52. §. 3. D. pro ſoc. l. 1. §. 4. D. de obl. et act. l. 1. §. 7. D. de admin. rerum ad ciuit. pertin.* in quibus et ſimilibus textibus magis *negatiue* quam *poſitiue* aſſeritur, quis caſum præſtare debeat. Huc enim vnice collineant, quod caſus nocere non debeat ei, qui alteri ex contractu obligatus eſt ad quid præſtandum. Ex quo ſtatim per bonam conſequentiam fluit, alteri caſum obeſſe, cui quid præſtandum erat.

Caſus regulariter nocet ei, cui res debetur.

§. III. Hoc conſiderans, generalem exiſtimo poſſe conſtitui regulam, *rem perire ei, cui ex contractu debetur*, vel caſum fortuitum nocere ei, cui aliquid ex contractu debetur ſeu præſtandum erat. Non tantum enim hæc regula alteram, *quod res pereat ſuo domino*, in ſe continet, ſed etiam latius euagatur, et ad quæuis alia negotia applicari poteſt, in quibus prior regula officium ſuum perdebat. Quod vt eo clarius fiat, præmittendum eſt, aliquid deberi poſſe vel *in genere* vel *in ſpecie*. In genere debetur *quantitas*, vel ſi non *certum corpus* vel *indiuiduum* in obligatione, ſed *generaliter* res demonſtrata eſt, et hæc perire moraliter nequit, adeoque de huius caſu fortuito fruſtra laborandum videtur, *l. 11. C. ſi certum petat.* et conſequenter debitor ſemper in nexu manet, vtut rem quandam certam iam elegerit, et ſolutioni deſtinauerit, illa tamen ante ſolutionem perierit: non enim hæc, quæ periit, præciſe debetur, ſed quantitas. Deberi autem *in ſpecie* dicitur, quando *certum corpus* in obligatione eſt, et de tali debito, eiusque interitu primario hic agendum eſt. Quando itaque caſus accidit in re *in genere* debita, tunc res, quæ forſan deſtinata erat ſolutioni, perit illi, qui eam debet: ſi autem res *in ſpecie* debita perit, illi perit, cui debetur. Et hoc eſt, quod alii aſſerunt, *debitorem ſpeciei liberari per interitum rei.* Regulam

 autem

autem hanc etiam alteram, *quod res pereat suo domino*, continere, inductione exemplorum patet, quando enim in locatione, pignoratitio contractu, commodato, deposito etc. res suo domino perire dicitur, reuera perit illi, cui debetur, cum conductor, commodatarius, creditor etc. ad res acceptas restituendas obligentur, et hoc intuitu debitores dici possint. Sed praeterea etiam latius se extendit, et aliis negotiis, velut emtioni, stipulationi, donationi etc. applicari potest, in quibus prioris regulae vsus esse nequit.

Regula praedicta tantum locum habet in contractibus.

§. IV. Quemadmodum vero haec regula, *res perit illi, cui debetur*, vnice tunc adhibenda, si inter illos, qui contraxerunt, quaestio, de casu fortuito praestando, incidat; ita facile patet, eius applicationem cessare, quoties extra contractus versamur, et forsan res pereat, tunc enim alii quam domino perire nequit, quia casus ita alteri imputari nequit, et praeterea omnis alius nexus deficit, ex quo ratio dubitandi desumi posset, ceu in *L. Aquilia*, quippe quae inprimis ad damna extra contractus data pertinet, demonstratur. *l. 3. ad L. aquil. l. 28. l. 31. D. eod.*

Si extra contractus casus [illegible], nauis perit suo domino.

§. V. Si igitur discrimina tempestatis marinae *casualia* extra contractus incidunt, res de iure Romano perit suo domino. Conspicuum id est ex *l. 29. §. 2. D. ad L. Aquil.* vbi ICtus ait: *si fune rupto* (per vim maiorem) *aut cum a nullo regeretur nauis* (quod forsan gubernator mortuus sit, et deficiat, qui regere queat) incurrisset, *cum domino agendum non est.* Damnum ergo, quod alteri naui obuenit ex huiusmodi incursu, dominus nauis laesae ferre debet. Hic nullum negotium inter vtriusque nauis dominos intercessit, ex quo alteri obligaretur, ergo prior regula applicari nequit. Similiter in

cit.

cit. l. §. 4. id illustrat ICtus, aiens: *si nauis alteram contra se venientem obruisset, et tanta vis naui facta sit, quae temperari non potuit, nulla danda actio.* Item si nauis quaedam fulmine tacta fuerit, ita vt cum illa aliae in portu positae perierint, deficit actio inter eos, quoniam hoc damnum non est *iniuria* datum, quo casu tantum actioni L. Aquilae locus est.

§. VI. Ab hac dispositione ius maritimum Wisbycense recessisse, obseruat STRYK. *diss. de collis. nau. c. II. §. 7.* vbi damnum per casum fortuitum datum ab vtroque aequaliter resarciendum esse in casu collisionis nauium deciditur, et quidem secundum *art. 27.* haec additur ratio: Die Ursache, warum diese Beliebung gemachet, und also gefunden, ist diese: Es begiebet sich unterweilen, daß man andern guten Schiffen ein altes im Weg leget, damit es allen erlittenen Schaden von andern bezahlet bekommen möge, da es von andern zernichtet würde, wenn man aber weiß, daß der Schade halb angerechnet wird, leget man solch alt Schiff gerne aus dem Wege. Similiter *in Ordin. Hanseat. ciuit. tit. 10. §. 3.* Würde ein Schiff loß davon, daß ihm ein Ancker oder Cabel gebrochen, es geschehe im Sturm, oder sonsten durch ander Unglück, und einen andern Schiff, das vor Ancker liegt, am Borth, und nähmen beyde darüber Schaden, derselbe soll von Seefahrenden Leuten in Augenschein genommen, und nach Ermessung von beyden Schiffen gezahlet werden: Kriegt aber das Schiff, welches loß worden, allein Schaden, darzu ist das andre Schiff, welches vor Ancker liegt, zu antworten nicht schuldig. Ratio diuersitatis haec fuisse videtur, quod posteriori casu casus contigerit in ipsa naui, quae vi tempestatis dissoluta est, et sic magis damnum discrimini tempestatis marinae adscribendum est: priori autem casu altera nauis per alteram patitur, et ita ex aequo damnum refundendum esse maiores censuerunt. Eadem decisio

Dispositio iuris Wisbycensis.

quoque recepta in aliis iuribus maritimis, vti ostendit STRYK. *cit. l.* In *Statut. Hamb. P. II. tit. 17. art. 6.* idem confirmatur his verbis: Wenn jemand den andern ansegelt, oder auf ihn treibet ohngefähr, und einiger Schade daher entstehet, dem sollen beyde Schiffe zur Helfte gleich tragen, und die Ansieglung oder Drift soll man zeigen, und der dem andern Schaden thut, soll schweren, daß es ohne seinen Willen geschehen, und der andere soll schweren, wie groß sein Schade sey, und was sein Schiff zu repariren gekostet habe. Idem plenius illustratur in *art. 7. sq.* vbi indistincte hoc obtineri dicitur, siue collisio facta sit, bey Tage oder bey Nacht, simulque hæc declaratio adiicitur: auch darf des Kaufmanns-Gut, das mit in dem Schiffe ist, welches den Schaden gethan hat, den Schaden nicht gelten.

An semper damnum pro dimidia parte refundi debeat?

§. VII. Verum hoc ius non in omnibus casibus fortuitis obtinere, sed ad casum collisionis restringendum esse existimo, cum in *consulatu maris*, in quo tamen mores nautici communes collecti sunt, de aliis casibus non idem disponatur, vti colligi potest ex *c. 198.* vbi ita dicitur: *Als een Schip, dat eerst in een Have, Baay, Golf, of andere plaats geankert legt, Schaade doet aan een ander, dat na het selve is ingekomen, is het niet schuldig die Schaade te vergæden, het welk so te verstaan is, dat, als er een touw aan't Schip, dat eerst geankert lag, gebrookt was; of dat het geen ander hat, om't vast te maaken, als alleen dat geen, dat he te vooren had, en dat het sijn best gedaen had, of dat heet an een plaats lag, daar het geen touwen te huus, nog te leen had konnen krijgen, en dat het enwer so schielijk viel, dat het onmooglijk kon vast gemaakt woorden, het niet gehouden is, indien het in sodaanig een Gelegentheyd aan een ander sodaanige Schaade, als boven,*

ven, *komt toe to bringen*, *etc.* In iure Hamburgensi *P. II. tit. 14. art. 2.* eadem fere dispositio occurrit in casu, si signum, quod vocatur *der Boyen*, ab anchoris diuulsum casu fortuito reperiatur, et inde damnum naui portum intranti datum fuerit. Primo enim disponitur, quod, qui tale signum omittit, damnum omne nauibus portum intrantibus resarcire debeat, deinde vero subiicitur: Es wäre dann, daß er mit zween glaubwürdigen Leuten bezeugen könte, daß vor 12. Stunden bey Sommers-Zeit, oder wenn der Tag kurtz ist, vor 14 Stunden zum längsten noch ein wachender Boye auf dem Ancker gewesen, so soll er damit entfreyet, cum scilicet facto alieno vel casu fortuito tale signum auelli potuerit, idque non statim in notitiam naucleri peruenerit. Verum in *Ordin. Hanseat. ciuit. tit. 10. art. 4.* idem casus cum eadem limitatione occurrit, sed aliter deciditur, so sollen beyde Schiffe, doch des Kaufmanns Güter ausgenommen, den Schaden bezahlen, quae decisio *iuri Wisbycensi* congruit. Sed *ius prouinc. Pruss. lib. IV. tit. 19.* iuri communi in totum se conformat.

§. VIII. Hactenus de casu actum est, quando de damni casualis praestatione quaeritur inter eos, qui ex contractu sibi inuicem haud obligantur. Accedo ad eos, inter quos nexus ex contractu datur. Sic obligatio quaedam occurrit inter *nautas* et *vectores* et quidem (1) ex *locato*; nauta enim locator est, qui nauim locat, seu res vehendas suscipit, mercator vero est conductor, qui pro vsu nauis mercedem soluit, quale negotium vocatur *ein Schiff-Frachten:* vid. *Stat. Hamb. P. 2. tit. 15. l. f.* *§. 1. D. ad L. Rhod. de iact.* (2) ex *recepto* ad restituenda recepta, quae actio praetoria cur inuenta sit, traditur in *l. 3. §. 1. D. naut. caup. stab.* vt ita actio praetoria, quae alias subsidiaria est, concurrat cum ciuili, quia pinguior est: Verum *Obligatio inter mercatores et nautas.*

qualis-

qualiscunque demum eligatur, si nauis periit per casum fortuitum, vel saltim merces aut recepta perierint, nauta non præstat casum fortuitum, veluti naufragium etc. *l.23. D. de R. I.* sed res perit illi, cui ex contractu debetur, h.e. domino suo. Neque etiam nautæ actione de recepto, propter casum vel vim maiorem tenentur *l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* vbi *damnum fatale* excipitur. Debet autem nauta casum fortuitum, in quo se fundat, probare *l. 9. §. 3. loc. l. 2. C. de nauf.* STYPMAN. *de iur. marit. P. IV. c. 19. n. 346. seq.* PECK. *de re naut. ad l. 3. §. 1. naut. caup. n. 7.* probato autem casu vectores culpam, si quam in nauta arguunt, probare debent.

An mercibus perditis naulum debeatur?

§. IX. Quid igitur, si merces perierint, v. c. quod direptæ sint a piratis, vtrum naulum debeatur? In *l. 10. D. ad L. Rhod. de iact.* ita quæstio deciditur: *Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in naue mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus: immo quæritur, quid actum est, vtrum pro iis, qui deportati essent, merces daretur? quod si apparere non poterit, satis erit pro nauta, si probauerit, impositum esse mancipium.* Si pactum dicto modo conceptum est, non debetur vectura, cum subsit conditio, *si merces deportatæ fuerint*; si tale pactum deficiat, debetur, cum sufficiat, quod merces impositæ fuerint, et casus non possit nocere nautæ. Similis decisio est in *Stat. Hamb. P. 2. tit. 15. art. 1.* Was ein jeder schiffet, da soll er die Fracht von geben, da gleich die Güter ohne Schuld des Schiffers verdorben oder vernichtet wären, ehe sie überkämen, ihre Vorwant seyn denn anders. Verum si nauis periit, seruatis mercibus, tunc secundum *Stat. Hamb. P. II. tit. 17. §. 2.* debetur naulum pro rata itineris, quod factum est. Was aber nicht geborgen, davon ist der Kaufmann Fracht zu geben, nicht schuldig. In *consulatu maris cap. 229.* varia sub distinctione

ſtinctione res expeditur in caſu, ſi a piratis pars vel dimidia vel tertia receptarum mercium direpta fuerit, vbi tamen magis inclinatur in illam ſententiam, quod naulum pro direptis mercibus non debeatur. Quodſi nauis amiſſa eſt, vectura non debetur ſecundum *l. 15. §. 6. D. locat.* Videtur ergo diſtinguendum eſſe, vtrum opera tantum locata, non nauis vſus, veluti ſi quis nautam naui ſuæ imponit, et hoc caſu debetur naulum, quatenus per eum non ſtat, quo minus operas præſtaret *l. 19. §. 9. loc.* an vero vſus nauis, quæ ad nautam ſpectat, et hoc caſu ſi vſum præſtare non poſſit, per caſum fortuitum, naulum quoque non debetur *c. l. 15.*

§. X. Deinde nexus quidam occurrit inter exercitores et magiſtros nauis. Illi vocantur Schiffsrederre, Schiffs-Freunde. *Stat. Hamb. p. 2. t. 13.* Hi vero der Schiffer. *Stat. Hamb. p. 2. tit. 14.* quibus cura nauigationis commiſſa eſt ab exercitoribus. Alias etiam vocatur der Schiffer, ad quem nauis pertinet, quod varia loca ſtatuti noſtri *cit. l.* indicant. Vbi igitur magiſter nauis nauigationi eſt præpoſitus, intercedit inter eum et exercitorem vel *locatio*, ſi merces promiſſa, vel *mandatum*, ſi gratis hoc munus ſuſcepit, *l. 1. §. 18. D. de exercit. act.* Et ita ex natura horum contractuum facile apparet, damnum, quod ex diſcrimine tempeſtatis marinæ oritur, redundare in ipſos exercitores, quatenus domini nauis ſunt. *Obligatio inter exercitorem et magiſtrum.*

§. XI. Vlterius adeſſe poteſt obligatio ex *mandato*, *Factoreyen*, vti loquuntur. STYPMAN. *de iure marit. p. 4. c. 12.* et cum mandatarius excuſetur, ſi omnem diligentiam adhibuit, ita de caſu fortuito rerum ſibi commiſſarum non tenetur, quæ pereunt, cui debentur. In *conſulatu maris c. 207. p. 255.* id ipſum *Quid ſi mandatum adſit?*

ipſum his confirmatur verbis: *Een Koopman, Bootsgeſel of ander perſoon, die eenig goed in commiſſie mee-nemt op ſekere reys, of na ſekere beſprooke plaats, is niet gehouden, ſo het gebeurt, dat al het goed op die reys, of plaats, werwaarts het ſelve gedeſtineert was, buyden deſſelfs toedoen komt te verongelukken, iets te vergoeden, of de betaalen aan diegeene, die hem de commiſſie ſal hebben gegeven.* Additur tamen limitatio, ſi modo præſcriptos mandati limites haud transgrediatur, ſed merces ſibi commiſſas per illud iter deducat, quod ipſi præſcriptum eſt: quodſi enim eas alio itinere ſecum ducat habeatque, et tunc caſus contingat, caſum hunc propter præcedentem culpam præſtare debet. *arg. ſ. 2. I. quib. mod. re contr.*

Si ſocietas maritima inita ſit.

§. XII. Præterea obligatio eſſe poteſt ex *ſocietate maritimâ Admiralſchafft*, vti vocatur, quo caſu ordinarie commune eſſe debet damnum caſuale, ſicuti lucrum quoque commune eſt, vbi ſcilicet æqualiter omnia in ſocietatem contulerunt. Pertinet huc exemplum ex *l. cum duobus 52. ſ. 4. pro ſoc.* vbi ICtus hunc caſum proponit: *Quidam ſagariam* (vel lintcariam, vti additur in *l. 5. ſ. 15. de tribut. act.*) *negotiationem coierunt, alter ex his ad merces comparandas* (mari) *profectus in latrones* (vel piratas) *incidit, ſuamque pecuniam perdidit, ſerui eius vulnerati ſunt, resque proprias perdidit.* Quærebatur, quid de damni reparatione eſſet ſtatuendum? *Iulianus dicit, damnum eſſe commune, ideoque actione pro ſocio damni dimidiam agnoſcere debere, tam pecuniæ, quam rerum ceterarum, quas ſecum non tuliſſet ſocius, niſi ad merces communi nomine comparandas proficiſceretur. Sed et ſi quid in medicos impenſum eſt, pro parte ſocium agnoſcere debere, rectiſſime Iulianus probat, deinde etſi naufragio quid periit, cum non alias merces,*

merces, quam naui solerent aduehi, damnum ambo sentient. Addit deinde rationem ICtus: *Nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit.* Quod si ergo partes inæquales lucri sunt constitutæ, eædem quoque in damno attendi debent. Cum autem societas maritima potissimum consistat in *vnione multarum nauium propter mutuam defensionem contra piratas*, hinc potissimum ad hanc societatem iam applicatio facienda erit. Qua ratione itaque damnum a piratis datum hoc casu æstimari et reparari debeat, GROTII verbis exprimere placet, qui *lib. II. de I. B. et P. c. 12. §. 25.* ita loquitur: *In societate naturali aduersus piratas vtilitas communis est ipsa defensio: interdum et præda. Solent autem æstimari naues, et quæ in naui sunt, atque ex his summa confici, vt damna, quæ eueniant, in quibus sunt et vulneratorum impendia, ferantur a dominis nauium et mercium pro parte, quam habent in ea summa.* Hanc æquitatem naturalem egregie obseruant *Statuta Hamb. P. II. tit. 4. §. 42.* Wann eine Admiralschafft gemacht ist, oder es sich begäbe, daß einem ein Freybeuter an Bort käme, so ist das Volck schuldig sich zu wehren, bey Verlust ihrer Heure. Da nun iemand darüber oder sonsten auf der Reise, oder wann das Schiff vor Ancker lieget, zu Schaden käme, oder gelähmet würde, der soll geheilet, und gleich Haverey über Schiff und Gut gerechnet werden, und da er zu solcher Unvermögenheit gerathen würde, daß er die Kost nicht mehr zu gewinnen wüste, soll ihm von Schiff und Gut, oder auch nach Gelegenheit von dem Seefahrenden Armen-Hause frey Brod sein Lebenlang verschaffet werden. Ceterum vnde *admiralitatis* deriuatio et denominatio petenda sit, erudite docet WERLHOFF. diss. de *iudicio Hamb. admiral. ab initio.*

Quid si obligatio commodati concurrat?

§. XIII. Sed etiam *commodati* obligatio concurrere potest, vbi expediti iuris est, commodatarium propter maiorem vim maioresque casus non teneri, veluti si instrumenta nautica commodato data naufragio latronum hostiumque incursu amisit *§. 2 I. quib. mod. re contrah. oblig.* Sed in *consulatu maris cap. 204.* contrarium deciditur his verbis: *Een Schipper, die eenige takeling te leen ontfangen heft, is gehouden, in gevalle dat die takeling komt te verongelükken, of de verderven gelijke takeling te restitueeren, als die was, die hy te leen ontfangen heft, of so veel geld als deselve waardig was, toen hy se ontfing.* Hoc ideo cautum esse dicitur, quod sæpe contingat, vt huiusmodi instrumenta nautica commodato petantur, quæ vbi repetuntur, variis sub exceptionibus commodatarii subterfugia quærant, litibusque alterum inanibus vexent. Vt itaque nullo modo se excusare nullamque exceptionem allegare possint, singulariter in vtilitatem nauigantium hoc constitutum, in quorum fauorem alias leges plura singularia indulgere solent, *l. 1. §. 5. D. de exerc. act.* Diuersum tamen deciditur in *c. 203.* in instrumentis *nauticis locatis*, quia tunc merces pro vsu eorum soluitur, in commodato autem vsus gratis præstatur.

De damnis culposis, eorumque præstatione

§. XIV. Progredior ad *præstationem culpæ ordinariam*, qua mediante detrimentum marinum datum est. Eadem autem via ingredior, qua in damnis casualibus hactenus vsus sum. Videlicet, aut quæstio est inter eos, qui nullo ex contractu sibimet inuicem obligantur, aut vero inter eos, qui ex contractu quodam se inuicem conuenire possunt. De casu priori prius agendum est, vt methodum receptam hic quoque sequar. Hoc casu vero fundamenti loco substituo regulam ex *l. 44. pr. D. ad L. Aquil. In lege Aquilia et leuissima culpa*

inter eos, qui nullo contractu sibi obligantur.

pa venit. Cum enim in lege Aquilia principaliter de damno *extra contractum* dato agatur, potissimum ad eius fundamenta, quæ pleraque in naturali ratione consistunt, hic respiciendum est. Ratio autem decisionis prædictæ satis rationi conformis est, cum enim ei, qui damnum patitur, nullum negotium cum lædente intercedat, nulla ratio graduum, qui alias quoad *culpas* in contractibus attenduntur, haberi potest. Ast e contrario ab eo, quocum contraxi, quocum negotium quoddam celebraui, propter imbecillitatem humanæ naturæ aliasque rationes non semper eandem diligentiam exigere possum, sed quandoque etiam mihi imputandum est, quod cum hoc vel illo tale negotium susceperim. Ex mea voluntate itaque rem meam vel tenet, vel alter meum negotium peragit, vbi cautius procedendum erat; ast si nullum negotium mihi cum lædente intercedit, æquius certe est, vt ille damnum reparet, qui aliquid commisit, quam vt ego illud patiar, qui nihil admisi. Vnde quælibet culpa obligat lædentem ad reparationem damni. Distinguunt quidem inter culpam in *committendo* et *omittendo* commissam, putantque, culpam leuissimam tantum in *committendo* obligare ad reparationem damni, non vero in *omittendo:* ZAESIVS *ad tit. de L. Aquil. n. 7.* BARBOSA *in l. 10. D. solut. matrim. n. 32.* Sed diuersitatis ratio solida ostendi non potest, cum potius eadem ratio vtrobique militet, et pleraque exempla supra *c. 1 §. 23. seqq.* adducta, quæ culpam in omittendo continent, contrarium ostendunt. Conf. *l. 8. l. 27. §. 9. D. de L. Aquil.* Qui dissentiunt, fundamentum omne in *l. 13. D. de vsufr.* quærunt, vbi dicitur: *qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege aquilia non tenetur.* Rationem decidendi hanc suggerunt, quod in adductis exemplis sit culpa in *omissione* consistens. Verum hæc ratio oppido falsa est. Lex

Aquilia tantum de damnis per *corruptionem* et *destructionem* rei datis loquitur, et inde in datis exemplis actio legis Aquiliae vel ideo cessauit; quia tale damnum ibi non occurrit. Ager enim non destruitur, si vel maxime haud proscinditur, quod et de vitibus dicendum est, sed inde tantum fit, vt fructus per vnum vel alterum annum, quo proprietas ad dominum redit, non nascantur. Item qui aquarum ductus corrumpi patitur, nocet proprietario hactenus, vt expensas in purgationem eorum facere debeat, neque enim de totali corruptione ICtus loquitur, sed commode intelligi potest de tali casu, quo vsufructuarius non mature purgauit aquae ductus, vt penitus obstructi sint, et ita non riui corrupti vel destructi intelligi debent, sed sermo tantum est de ipso ductu, qui corrumpitur etiam tunc, quoties quid fit, quo aqua amplius per riuum duci non potest, sed ante omnia purgari debeat.

Culpa a casu discerni debet.

§. XV. Atque ita facile iudicari potest de exemplis *c.* *1.* adductis, quibus adhuc infinita alia addi possent; si ratio instituti id postularet. Id tamen adhuc monendum existimo, plerumque culpam leuissimam, quae hic etiam praestanda est, casui fortuito adscribi, vnde in ea diiudicanda recurrendum esse dixi *cap. 1.* ad duo fundamenta ibidem adducta, vt scilicet peritorum iudicio stetur et subinde mores nautici diligenter attendantur.

Si plures dederint damnum.

Quodsi plures deprehendantur in culpa esse, putat quidem WESENBECIVS ad *tit. de L. aquil. n. 9.* plures ad damni reparationem teneri pro virili, quia bona fides non patitur, idem pecuniarium debitum in solidum a pluribus exigi. Sed in *l. 11. §. 2 D. ad L. aquil.* asseritur, quod plures damnum dantes ex L. aquilia in *solidum* teneantur, adeo quidem, vt si cum vno actum sit, ceteri non liberentur, verum statim subiicitur, *cum sit poena.* Quia vero hodie simpliciter ad *damni reparatio-*

parationem agitur, non ad pœnam, ratio prædicta cessat. Interim cum obligatio hæc ex *facto illicito* oriatur, singuli in *solidum* adhuc quidem tenentur, sed vnius solutio ceteros liberat. Neque beneficium diuisionis hic admitti potest, quo delinquentes se indignos reddiderunt. STRYK in *Vsu mod. ad tit. de L. aquil. §. vlt.* BACHOV. ad *Wesemb. cit. l. lit. l.*

§. XVI. Quodsi tam lædens nauis, quam quæ damnum passa est, æquali in culpa sint, dubitatur, an ad damni reparationem supersit actio? an damnum in communi ferendum sit? annon vero culpa cum culpa compensari debeat? Ponamus naues duas in portu minus recte religatas esse, et ita, funibus, vtrinque ruptis, damnum sibi inuicem dare. Puto actionem deficere et compensationi locum esse, cum etiam in delictis compensatio locum habeat, si pecuniarie agitur *l. 10. pr. §. 2. D. de compensat.* quorsum etiam facere videtur *l. 45. §. 3. D. ad L. aquil.* conf. *l. 39. D. solut. matrim. l. 35. D. de dol. mal.* WESEMB. *ad tit. de L. aquil. n. 9.* ibique BACHOVIUS *lit. m.* Quodsi vero alter ex nautis in *dolo* versetur, alter in *culpa*, compensationi locus non est, cum dolus et culpa circa idem factum concurrant, et dolus præponderet culpæ. HAHN. *ad Wesemb. tit. de compens. n. 4.* *Quid si læsa nauis quoque in culpa sit?*

§. XVII. Videndum nunc est de præstatione culpæ ordinaria, quæ *ex præcedente contractu* fluit, qui occasione nauigationis initus, vbi expeditum est, ex natura contractus desuper iudicandum esse. Quod *nautam* concernit, supra iam dictum est, quod teneatur tam ex *locato* quam ex *recepto*. Ex locationis contractu vltra leuem culpam non obstringitur, si damnum culpa dedisse conuictus est. Id ipsum ICtus indigitare videtur in *l. 3. §. 1. D. naut. caup. stab.* vbi disquirit in rationem, *De præstatione culpæ ex præcedente contractu. Quoad nautam.*

nem, cur prætor actionem in factum ex recepto introduxerit? cum tamen ciuilis actio ex locato non deficiat. Respondet, hoc ideo factum esse, *quod in locato conducto culpa duntaxat præstatur, at hoc edicto omnimodo, qui recipit, tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit, vel damnum datum est.* Constat autem ex variis textibus iuris Rom. quod vox *culpæ*, absolute posita, leuem denotet, id quod in verbis adductis eo minus dubii habet, cum ex *opposito* liquidum hoc reddatur. Contendit enim ICtus in actione de recepto plus præstandum esse, *etiamsi sine culpa eius* (leui) *res periit.* Verba hæc possent esse ambigua, et eum etiam admittere sensum, quod casus fortuitus quoque præstandus sit a nauta, si enim res periit sine culpa nautæ, et tamen tenetur, necesse est, vt casu fortuito perierit, nisi subiecta esset clausula: *nisi si quid damno fatali contingit.* Hæc verba ostendunt, ICtum per verba *sine culpa* leuem intellexisse, quæ alias in locato præstanda est, et huc collineasse, vt nauta etiam leuissimam culpam, et sic quamcunque præstare debeat. Facit enim medium inter culpam et casum fatalem, quod itidem culpa est scilicet *leuissima.* VINNIVS *in not. ad Peckium de re naut. in l. 3. cit. p. 33.* Tenetur itaque nauta ex edicto prætoris de omni damno, nisi damnum fatale docere queat. ANTON. FABER *in ration. ad cit. l. 3. §. 2. tit. 6.*

Quomodo caute contra nautam agi debeat?

§. XVIII. Cum ergo nauta simpliciter ad recepta restituenda teneatur, quacunque eius culpa damnum datum fuerit, hinc caute procedendum in repetitione damni, ne ex *locato*, temere agamus; sed potius in factum ex *recepto.* Hunc in finem in libello non facienda est mentio culpæ, a nauta commissæ, vel cuius facto res periit, allegandum, sed sufficit, si simpliciter asseratur, nautam merces sibi concreditas recepisse,

et

Quid receptum sit?

et ita ex *recepto* obligari, ad res saluas præstandas. Receptum enim hic *singularem promissionem nautæ* denotare videtur, res illatas saluas fore, quod indicant verba edicti, *quod cuiusque saluum fore receperint*, et verba similia in *l. 1. §. 8. naut. caup. stab.* *Recipit autem saluum fore*, h. e. *firmiter promittit saluum fore.* Notum enim est, hoc sensu vocem *recipere* sæpius occurrere apud scriptores probatæ latinitatis. Sic TERENTIVS *in Pharm.* *An verebamini, ne non id facerem, quod recepissem semel?* h. e. quod promissum, quemadmodum etiam *receptum* idem denotat, quod *promissum*, vti ex Cicerone probatum est in *Thesauro* FABRI, voce *recipere*. Quodsi vero de casu fortuito excipiat nauta, illum probare debet *l. 2. C. de naufrag.* CHRISTINAEVS *vol. V. decis. 68. num. 19.* STYPMAN. *de iur. marit. P. IV. c. 15. n. 345.*

An exercitor teneatur de culpa sui magistri?

§. XIX. Quod si exercitor magistrum naui præposuisset, et hic culpa sua damnum dedisset, posset dari actio exercitoria in ipsum exercitorem; quamuis enim exercitor ordinarie non teneatur ex delicto sui magistri, hoc tamen tantum de eiusmodi delicto est intelligendum, quod circa officium haud commissum est; culpa autem circa officium a magistro commissa redundat in ipsum exercitorem *arg. l. 5. §. 8. D. de inst. act.* saltim vt *ciuiliter* eo nomine conueniri possit ad damni reparationem: BRVNNEM. *ad cit. l. n. 3.* MENOCH. *cons. 1265. num. 41.* quemadmodum et exercitor alias factum nautarum quoque præstare debet *l. 1. in f. D. naut. caup. stab.* Pertinent huc pleraque exempla *c. 1.* adducta, in quibus culpa circa ipsum officium occurrit. Conf. CARPZ. *p. 2. decis. 153.* vbi in ratione decidendi *in f.* huc collineat: Weil die Fracht-Brieffe denen Exercitoribus zu gute gehen, und ihnen von [illegible] den

den Schiff-Meistern berechnet werden müssen, und in Rechten klahr versehen, daß wegen des Schiff-Meisters und Schiff-Leuten Verbrechung auch die Exercitores in Anspruch genommen werden können, so seynd dahero die Exercitores dem mit ihren bestalten Schiff-Meister auch in fremden Landen geschlossenen Fracht-Brieff nachzukommen, und den durch ihren magistrum nauis wegen ihres verschwiegenen Zolls, und daher erfolgten Confiscation verursachten Schaden zu ersetzen schuldig.

Culpa conuectorum, ex societate.

§. XX. Simili ratione, si inter conuectores negotium quoddam intercedit, is, qui culpa damnum dedisse arguitur, ex natura contractus de eo tenetur. Sic si socii negotiationem ineunt, vt vnus ex illis negotiationi præponatur, iudicandum est de culpa a socio commissa ex natura societatis. Inprimis autem culpa a socio committitur, si contra pactum quid egit, et inde damnum marinum ortum sit, quia tunc ipse causam præbuit, faciendo contra pactum *l. 11. §. f. locat.* *Quis enim dubitet, quin ei damnum sit imputandum, sine quo non accidisset;* ait QVINTIL. *declam. XIII.* Proinde satis notanter iure Hamburgensi *P. 2. tit. 10. art. 3.* de hisce pactis dicitur: Was Mascopey-Brüder im Anfang ihrer Gesellschafft mit einander abreden und bedingen, solches soll zu jederzeit, wenn es der natürlichen Billigkeit gemäß, stets und vest gehalten werden. Illustrari hoc ipsum commode potest casu singulari, de quo illustris Facultas Iuridica huius loci a Magistratu Hamburgensi mense Octobr. anni clɔlɔcclx consulta, sequens responsum dedit:

Facti species.

Hat Caius mit Titio An. 1698. den 28. Sept. zu Hamburg einen Contract, um gewisse Waaren von Genua nach Hamburg zu bringen, gemacht, und zwar unter folgenden Bedingungen, daß unter Titii Direction die Ladung zu Genua, und zwar præcise im Ianu-

Ianuario 1699. bestehend in 600. Kisten Citronen, 100. Säcken Reiß, Oehle und andern specificirten Waaren geschehen, und auf ein Frantzösisch, Englisch oder anderen Nation-Schiff das alle diese Waaren zu laden capable wäre, ohne in einen Hafen einzulauffen, recta nach Hamburg gebracht werden, auch ferner eine gewisse Quantität der Assurantz von Genua biß Hamburg oder wenigstens Cadix thun lassen solte, dergestalt, daß, wenn obbeschriebener massen diese Assurantz in Genua nicht geschehen könte, der Titius dem Caio positiue Ordre ertheilen solte, die Assurantz in Hamburg oder anderswo thun zu lassen, imgleichen daß diese Ladung nicht über 4. biß 5000 Rthlr. betragen, und wann sie daver nicht geschehen könte, sie alsdenn nachbleiben, und die Fracht von 1500. biß 2000. a 2500. Rthl. 200. a 300. Rthlr. weniger oder mehr von Genua nach Hamburg, und von da wieder zurück mit dem Schiffer veraccordiret werden solte. Hat nun diesen ohngeachtet Titius solche Bedingungen nicht in acht genommen, und fast gegen alle Accords-Puncte gehandelt, indem er die Citronen, aber nicht in der Qualität, wie davon in dem Contract Meldung geschehen, zu St. Remo geladen, im April erst vertrocken, 500. Säcke Weitzen an statt der bereits eingekaufften 100. Fässer Oehl übernommen, und die Fässer Oehl zu St. Remo liegen lassen, ein Genuesisch Schiff darzu genommen, die Assurantz auf eine gantz andere Manier, als ihm vorgeschrieben, verrichten lassen, und die Connossementen wieder vorgeschriebene Bedingungen eingerichtet, da Titius eine Clausul darunter angehefftet, daß er die freye Disposition über die Ladung auf den Spanischen Küsten behalten wolte, die certe partie ebenfalls dieses im Munde führet, daß ihm frey stehen solte, die gantze Ladung nach seinem Belieben zu Cadix auf und einzuladen, ingleichen, die Ladung über 9000. Rthl. gemacht, und davor 3000. Fracht versprochen. Ist nun dieses Schiff im Iunio von einem Algierischen Räuber genommen worden, und wird also nunmehro bey diesen Umständen gefraget:

Quæstio. Ob Caius gestalten Sachen nach an diesen Contract nicht verbunden, und derselbe ipso iure null sey, also daß Titius weder Actionem noch Exceptionem daraus habe, sondern er dem Caio zu restituiren schuldig sey, was er bey solcher Ladung Schaden erlitten?

Rationes dubitandi. Wann nun gleich hiebey eingewandt werden möchte, daß, wenn gleich Titius bey der quæst. Ladung etwas versehen, und fines præscriptos überschritten, solches doch nicht so genau von ihm gefordert werden könne, angesehen Caius mit ihm in Compagnie gestanden, und aus den Rechten bekannt ist, quod qui negligentem socium assumit, de se queri sibique imputare debeat, quod socium parum diligentem elegerit. *l. 29. §. 16. fam herc. l. 52. D. pro soc. §. ult. I. de soc.* ferner daß das Schiff durch einen Algierischen See-Räuber genommen worden, ihm nicht mag beygemessen werden, als welches pro mero casu fortuito et fatalitate zu achten. *l. 13. D. de R. I. l. 15. §. 2. D. locati l. 1. C. de pignorat. act. l. 1. C. depos. §. 2. I. quibus mod. re contr. obl.* Quodsi enim damnum in societate per latrocinium contigit, hoc commune esse debet. *l. 52. §. 8. pro soc.* und ob gleich einige culpa von dem Titio dabey vorgegangen seyn möchte, und sonsten aus den Rechten bekant ist, quod, vbi culpa casum præcedit, casus non excuset, so ist doch dieses nur alsdenn iuris, quando culpa est ordinata ad casum, si autem non est ordinata ad casum, tunc per supercasum, si autem non est ordinata ad casum, tunc per superuenientem casum purgatur. BARGALIVS *de dolo lib. 5. c. 2. n. 117.* welches auch hier statt finden möchte da der Casus sich zutragen können, wann gleich alles punctuellement wäre obseruiret worden *arg. l. f. §. 1. D. ad L. Rhod. de iactu.* BRVNNEM. *ad cit. l. §. 2.* zu geschweigen, daß in Handlungen und vorgeschriebenen Ordern es auch billig heisse, quod omnis dispositio intelligatur, rebus sic stantibus.

Die

Dieweil aber dennoch (1) in dem zwischen Caio und Titio getroffenen Contract expresse abgeredet werden, daß derselbe, wenn nicht alles darinn beschriebener massen ausgerichtet werden könte oder würde, null und nichtig seyn solte, und also, wenn gleich der Casus nicht erfolget, doch Caius dem Titio nicht würde verbunden gewesen seyn; nachdem er in allen Stücken dem Contract entgegen gehandelt, cum clausula nullitatis insignes effectus producat et operetur, ne actus valeat. DECIAN. *vol. 2. conf. 98. n. 6.* nec ex pacto per se nullo possit nasci actio. *l. 6. C. de pact.* WESEMBEC. *vol. 1. conf. 131. n. 151.* in genere quod nullum est, nemini ius aliquod tribuere possit. MENOCH. *conf. 230. n. 131.* auch (2) überdem sonsten Rechtens, und denen See-Coutumen gemäß, daß, wann gleich vorgemeldte clausula annullatoria dabey sich nicht finden solte, dennoch der Contract auf diese Weise müsse exequiret werden, wie es abgeredet worden, denn sonsten der Schade über den gehet, der den Contract vorgeschriebener massen nicht exequiret. Het CONSVLAT. von de ZEE *c. 280. p. 513.* einfolg. Titius billig den Schaden tragen muß, als welcher in allen Puncten dem geschlossenen Contract zuwider gehandelt, und in vielen Stücken eine grosse culpam committiret, als, da er nicht debito tempore abgesegelt, das Schiff erst den 7. Febr. 1699. bedüngen, die certe partie den 28. dito unterschrieben, über die Citronen den 28. Mart. das Connossement gezeichnet, und allererst im April dicti anni vertrocken, da doch vi contractus praecise in Ianuario eius anni das Schiff hätte abgehen müssen, und dieses aus der erheblichen Ursache, weil die obgedachten Waaren alsdenn am dauerhafftesten zu seyn pflegen, in culpa autem est, qui post tempus conuentum nauigat. STRACHA *de naut. p. 3. n. 3.* Dabey denn (3) dem Titio nichts zu statten kommen kan, als welcher offenbar in mora bey der gantzen Ladung gewesen, und die certe partie erst im Febr. geschlossen; da schon tempus conuentum nauigandi vorbey gewesen, mithin

Rationes decidendi.

hin nach dem Contract davon abstehen, und die Befrachtung gar unterlassen müssen, im übrigen auch (4) die culpa des Titii so beschaffen, daß sie ad casum directa ist, da er nicht allein in mora gewesen, sondern auch contra fidem pactorum ein Genuesisch Schiff genommen, welche Schiffe der Gefahr vor Türckische und dergleichen See-Räuber vor andern unterworffen, die Assurantz nicht conuento modo eingerichtet, dahero dann erfolget, daß wie der Casus geschehen, die Assurantz schon geendiget gewesen, und die Premien umsonst gegeben, auf der Reise sich aufgehalten, und contra pacta zu Alicanten und Cadix ausgesetzet, und also nicht gesaget werden mag, daß, wenn er alles debito modo erfüllet, der Casus sich doch zugetragen haben würde, im Gegentheil da er 2. Monath später gereiset als sich gebühret, dieses Unglück durch seine Schuld sich zugezogen, auch was de negligente socio angeführet worden, ihn nicht excusiren mag, da die Contrauentiones gar zu offenbar enorm und handgreiflich sind, auch sonsten socius culpam leuem præstiren muß. CARPZ. *P. 2. c. 26. d. 12. n. 6.* CAPICIVS *decis. 174.*

Decisio. So halten wir dafür, daß Casus gestalten Sachen nach an diesen Contract nicht gebunden, sondern Titius vielmehr ihm allen Schaden gut thun müsse.

Culpa mandatarii. §. XXI. Similiter ex eodem capite mandatarius damnum præstare debet, quod contigit in mari, si contra terminos præscriptos, contra datam fidem egit, quorsum refero, si ex verbis appareat, singularem personæ industriam esse electam, et tamen alii rem committat, aliumque substituat. *Sin vero talis est verborum conceptio et facti natura, vt, quod iniunctum est, ab alio impleri non possit*, fides singularis personæ electa est *l. vn. §. 9. C. de cad. toll.* MENOCH. *lib. 2. præs. 21. n. 6.* Inde in *consulatu maris c. 276. p. 447.* hac de re ita disponitur: *So wanneer*

wanneer iemant aan een ander eenig gœd, op de naam van Koopmannschappen, in commissie geeft, of gegeeven heeft, en die geene, die de commissie gegeven sal hebben, bedinget, of bedongen heeft, met die geene, dewelke de voorsz. commissie ontfangt, dat deselve de voorsz. Gœderen in commissie in persoon sal hebben over te brongen, na sodanige plaats, of plaatsen, of op sodanige reys, of reysen, als tüschen denselve et die geene die de commissie gegeven heeft, geaccordeert sullen zyn, sal den voorsz. commissionaris gehouden zyn de conventien, dewelke tussen hen en die geene, die de commissie gegeeven heeft, gemaakt zyn, in alle deelen na te komen; en deselven mœten bestaan, en van waarden zyn, het zydat se met, of sonder geschrifft aangegaan waren; alleen maar dat men se des nœds zynde, sal konnen bewyssen. En als er by gval sodanig akkord, als boven gesegt is, met het voorsz. Verdingg gemaakt sal zyn, en die geene, de welke de commissie aangenommen heeft, hœt gœd aan een ander komt over te geeven, of over te senden, sonder verlof van sijn principaal sal vorsz. commissionaris gehouden weesen, by aldien dat de gœderen in commissie geheel of ten deele komen te verongelukken, alle de voorsz. gœderen, als de winst die met deselven had konnen gedaan worden, te vergœden te betaalen aan die geene, die hem de commissie gegeven sal hebben, nademaal dat hy het verding niet opgevolgt heeft, het welk tussen hen luyden gemaakt was, tœn by de commissie aanam. Quamuis enim alias in mandato non indistincte culpa leuissima præstanda sit; BRVNNEM. *ad l. 10. D. mand. n. 2.* aliud tamen dicendum arbitror, si in negotio expediendo singularis personæ industria electa sit, cum qui tale mandatum

datum suscipit, singularem industriam promisisse videatur, quam mandans in negotio exequendo postulauit. Iure Hamburgensi tamen *P. II. tit. 12. art. 3.* cautum est, quod mandatarius indistincte culpam leuissimam præstare debeat. Ein jeglicher, so einen Befehl auszurichten über sich genommen, ist dabey allen möglichen Fleiß anzuwenden schuldig, und deßwegen, so durch seine Schuld, Fahrläßigkeit oder Versäumniß einiger Schade beschicht, ist er denselben zu erstatten verpflichtet.

Damna dolo data vindicantur criminaliter.

§. XXII. Quod damna *dolo* data concernit, quia in *delictorum verorum* classem incidunt, ideo non tantum producunt obligationem ad *satisfactionem priuatam*, seu damni dati reparationem, sed etiam *publicam*, et inde quoque criminaliter eo nomine agi potest. *§. 11. I. de L. Aquil.* BRVNNEM. *in process. inquis. c. 9. n. 64. seq.* Sic quamuis nauigationis ergo arma cogere permissum sit *l. 1. D. ad L. Iul. de vi publ.* si tamen ad deprædationem maritimam, si ad opprimendos naufragos coguntur, vel vt possessorem de naui sua deiiciat, crimen publicum contrahitur *l. 3. §. f. D. eod. l. 3. in f. D. de incend. ruina naufr.* Huc pertinent, qui naues suas diuersorum nominibus et titulis fraudem aliorum tuentur. *l. 1. C. de nau. non. excus.* In *Stat. Hamburg. P. II. tit. 14. art.* cautum est hac de re: Ein jeglicher unser Bürger soll führen einen rothen Flüger, und wer das nicht thut, der soll es bessern mit drey Marck Silbers zu der Stadt Nutzen. Præcipue damnum dolo dant illi, de quibus fit mentio in *l. 10. D. de incend. ruina naufr. qui lumine ostenso fallunt nauigantes, quasi in portum aliquem delaturi, eoque modo in periculum naues, et qui in eis sunt, deducunt, sibique execrandam prædam parant*, qui pro grauitate damni dati puniuntur, aliquando etiam vltimo supplicio. PECKIVS *in commun. de re. naut. in l. 10. cit. n. 4.* ibique VINNIVS *in not. lit. c.* Idem de his dicendum

cendum eſt, a quibus *nauis ſpoliatur, aut mergitur, aut diſſoluitur, aut funes eius praeciduntur, aut vela conſcinduntur*, vt dicitur in *l. 6. D. eod.* de quibus vt de latronibus grauis ſententia dicenda eſt *l. 7. D. eod.* quin etiam praeterea tenentur ex lege Aquilia, vt in *l. 27. §. 24. D. ad L. Aquil.* de eo dicitur, *qui nauem venaliciarum mercium perforaſſet*, et in *l. 29. §. 5. D. eod. de eo, qui funem, quo nauis religata erat, praeciderit*, hinc de naue, quae periit, in factum agendum. Neque enim legis Aquiliae actio locum habebat, cum nec corpore ſuo nec in corpus damnum dediſſet, et ideo ad ſubſidiariam in factum recurrendum erat *l. 11. D. de P. Verb.* quamuis hodie parum referat, qua actione vtaris, cum vtrobique agatur ad damni reparationem.

§. XXIII. Denique ſuperſunt damna, *iure licito* data, qualia fiunt primario per *iactum*. Tendit autem iactus ad conſeruationem nauis, perſonarum et mercium, vel, vt CVRTIVS *lib. V.* ait: *Gubernator, vbi naufragium timet, iactura, quicquid ſeruari poteſt, redimit*, quo fundamento nititur ſingulorum obligatio ad contribuendum, *vt omnium contributione ſarciatur, quod pro omnibus datum eſt*, vt ait Paulus *l. 1. D. ad L. Rhod. de iact.* Vocatur alias haec contributio *Hauaria*, non a *portu* Hafen, vti communiter volunt, quaſi contributio in portu fiat, ſed potius a voce germanica Habe, quae lingua inferioris Saxoniae vocatur Hav und Gut h. e. *bona et facultates*. Sicuti itaque a voce Bodem, quae itidem Germanica eſt, dicitur Bodemerey, ita quoque *Hauaria* eandem deriuationem ſortitur, praeſertim cum terminatio ita reihe copiam et multitudinem denotare videatur. SCHILTER *in pr. iur. Rom. ex. 27. §. 28.* Conferuntur itaque in Hauaria omnia bona, vt in tributum veniant, et inde ratio denominationis petita eſt.

De iactu. *Hauaria.*

§. XXIV.

Quae bona in tributum veniant?

§. XXIV. De ipsa contributione ita disponitur in *Stat. Hamb. P. II. tit. 16. art. 2.* Wenn ein Schiffer in vorstehender Wassers-Noth zu Errettung Schiffs und Guts einige Güter wirffet, den Schaden soll man rechnen über Schiff und Gut, geworffen und ungeworffen. Idem disponitur in *iure Wisbyc. art. 41. iure Hanseat naut. tit. VIII. art. 1.* et *consulatu maris c. 93. seq. et c. 281.* Conferre itaque debent (1) ipsa nauis, vtpote quae per iactum etiam seruata est *l. 2. §. 2. D. ad L. Rhod. de iact.* (2) res ceterae in naui seruatae, licet nauim non adeo onerent *l. 2. cit.* quod quoque expresse dispositum est in *Stat. Hamb. cit. art. 3.* Hat jemand baar Geld, Perlen oder Edelgesteine bey sich in dem Schiffe, und man aus Noth werffen muß, er sage dasselbe von sich oder nicht, so soll er gleichwol nichts destoweniger andern, die Güter in dem Schiff haben, gleich Haverey geben und bezahlen. Sed in *legibus Wisbyc. tit. 38.* hoc tantum restringitur ad res pretiosas, quas quis in arca habet, si autem tempore naufragii eas circum corpus cingat, earum nomine quoque nihil tribuit. Excipiuntur (3) tamen liberae personae et cibaria *l. 2. §. 1. D. ad L. Rhod. de iact.* quod etiam in *iure Hamb. art. 2. cit. l.* confirmatur. Conferuntur etiam (4) res *amissae*, vt etiam quae propter iactum deterioratae sunt *art. 4. P. 2. tit. 16.* licet vel maxime clanculum in nauem illatae, nec nautae indicatae fuerint. *Consulat. mar. c. 254.* Conferre quoque debet (5) nauta ratione *vecturae* der Fracht per *art. 2. et 9. cit. l. Stat. Hamb.* habet enim vecturam quoque saluam propter iactum. WEITZIVS *de Auaria §.* Hewel. Olim hac de re grauiter controuersum esse inter mercatores, apparet ex *consulatu maris c. 293. p. 225.* vbi variae opiniones referuntur, et tandem decisio subiicitur: *Dat het vragtloon, het welk de Kooplieden, of andere Persoonen aan den Schipper beloofst sullen hebben geheelyk voldaan, en betaalt moet worden, sonder tegenseggen*

gen behoudens evenwel het akkord, en de conventien, die bussen de Koopluyden of andere persoonen en de Schippers gemaakt sullen zyn. Ende dat de voorsz. Schippers in cas von werpen, gehouden zyn, te contribueeren vor al het geen dat sy van het vragtloon over houden het welk sy von de voorsz. Koopluyden, en andere persoonen vor de voorsz. voyage komen te ontfangen. A vectura tamen detrahi debent merces nautarum der *Matrosen*, item de *montkost*, vt dicitur in *cit. c. 293.*

§. XXV. Illis vero conferendum, *quorum merces sunt iactæ* in communem omnium vtilitatem, item quorum merces sunt *per iactum* deterioratæ. Dico per *iactum*, nam si extra iactum deterioratæ fuerint, earum nomine non fit contributio, vti dicitur in *Stat. Hamb. P. II. tit. 16. art. 4.* Wären aber Güter vor oder nach und nicht in der Werffung verdorben, den Schaden rechnet man nicht auf Haverey. Eadem distinctio quoque fundata est in lege Rhodia, vt apparet ex *l. 4. in f. D. ad L. Rhod. de iact.* vbi in casu *deteriorationis* vel ideo contributio desideratur, quia parum interest, *iactatas res meas amiserim, an nudatas deteriores habere cæperim. Nam sicuti ei, qui perdiderit, subuenitur, ita et ei subueniri oportet, qui deteriores propter iactum res habere cæperit.* Ex quo concludo, illis tantum conferendum esse, qui *propter iactum* damnum passi sunt. In quo etiam se fundat decisio *art. 5. Stat. Hamb. P. II. tit. 16.* Sed parum cum hoc principio cohæret decisio stat. cit. *Part. II. tit. 14. art. 35.* vbi ita disponitur: Wann die Kohbrügge und Uberlauff und das Schiff obern Wassers nicht wohl gedichtet, und dahero sich Schade verursachet, so kommt der Schade auf den Schiffer: Zerbricht aber solches durch Gewalt grosses Ungewitters, wird der Schade vor Haverey geachtet, wie denn auch, *Quibus conferendum.*

 wenn

wenn sich Schade unter Wassers verursachet. Hoc casu si damnum culpa naucleri non accidit, sed ex discrimine tempestatis marinæ, non *contributione* sarciendum erat, quia non pro omnibus et in omnium salutem datum est, sed potius mere per casum fortuitum accidit, et consequenter in dominum vnice redundare debebat. Ex his rationibus forsan factum est quod in recessu Hamburgensi *de an. 1618.* hic articulus correctus fuerit hunc in modum: Zerbricht aber solches mit Gewalt grossen Ungewitters, wird der Schade vor Haverey nicht gerechnet, wenn auch sich Schade unter Wassers verursachet, trifft derselbe den Eigenthums-Herrn allein, und sollen die andern Waaren denselben mit zu tragen nicht schuldig seyn. Simili ratione in *P. II. tit. 16. art. 2.* dispositum est: Da die Mast, Ancker, Tackel und Taue von der Macht des Sturms oder Ungewitters zerbrechen oder verlohren würden, den Schaden kan man nicht über alle rechnen. Neque enim damnum hoc *in omnium salutem* datum est, sed mero casu fatali contigit, ergo res perit suo domino secundum fundamenta supra posita. Verum si ponamus, hoc damnum in *conseruationem nauis et mercium* factum fuisse, hauariæ locus est, vti etiam in verbis antecedentibus *cit. art. 2.* disponitur: Würde die Mast um Schiff und Gut zu retten gehauen, oder Tackel, Ancker der Tau gekerbet, der Schade gehet über Schiff und Gut. Quod etiam iuri Romano conueniens est: Nam *arbore cæsa, vt nauis cum mercibus liberari possit, æquitas contributionis habet locum*, vt dicitur in *l. 5. in f. D. ad L. Rhod. de iactu* conf. *l. 2. §. 1. in f. l. 3. D. eod.* Similiter haud conferendum est iis, qui sumtum instruendæ nauis, *de vstis armamentis ictu fulminis et arbore et antenna*, facere debuerunt, quoniam hic conseruandarum mercium gratia haud factus est. *l. 6. D. L. Rhod. de iact.* Breuiter: *iis conferendum, qui in gratiam aliorum damnum passi sunt.*

§. XXVI.

§. XXVI. Quemadmodum vero in *cap. anteced. §. 30.* dictum est, in *dolo* vel minimum *culpa* esse mercatorem, qui merces quasdam clanculum nauim intulerit, nec easdem indicauerit, ad defraudandum nautam in naulo vel vectura, ita si tales merces iactæ fuerint, contributio domino huiusmodi mercium haud facienda est. Quamuis enim ex his contributionem aliis facere debeat per *cit. art. 3. P. II. tit. tit. 16.* ibi: er sage dasselbe von sich oder nicht, ipsi tamen in fraudis pœnam minime confertur, cum fraudem propriam allegans minime audiendus sit, nec ei prodesse debeat *l. 26. C. de transact. l. 5. C. de condict. ob turp. caus. c. 16. X. de rescript. c. 2. X. de dolo*, et frustra legis auxilium inuocat, qui committit in illum *l 37. in f. D. de min.* Expresse hoc cautum est in *consulatu maris c. 254.* vbi ita: *Als een Koopmann, of verscheyde Koopluyden een Schipper komen te bevragten met eenige Pakken, Baalen, of andere Stukgoederen, en deselve Koopluyden in het midden van alle sodaenige Pakken, Baalen, Bondels, Kassen of andere Stukgoedere, of in een derselven eenig goed beymelyk in steeken, of doen instecken, gelyk als Gout, Silver, gemunt Geld, Paerlen, Seyde, of ondere pretieuse Waaren of Koopmanschappen, soedanige die ook mogten weesen, een dat geene, dat si beymelyk in die Pakken, Baalen, Bondels, Kassen, of wat voor andere Stukgoederen het sonder mogen wesen, sullen gestoken, en niet gesegt, nog bekent gemaakt hebben aan de Schipper, toen sy de vragt bedongen, nog aan de Stuurman, nog aan de Schryver van het Schip, daar sy het in quamen te laaden, in gevaar raakte, door dien dat of het Schip by ongelyk genootbakt wierd, te werpen, of an Strand geset zynde quam te trecken, en sodaenig Pak, Baal, Bondel, of ander goed, als waar in het geen*

Quid si merces iactæ non fuerint indicatæ?

gesegt is, sal gesloken zyn, geworpen wierd, sal under het gewurpe goed niet anders gerekent worden, als alleen het geen, waar voor de vragt bedongen is; als waas't schoon datter getuygen van gebragt wierden en dat deselve getuggen verklaarden, dat sy't en hadden sien indoen; mits dien dat sy't niet aan den Schipper, nog aan de Stuurman, nog aan de Schryver nog aan den Opsiender vertoont, of angegeven hebben, en dat het in't Scheepsbock niet angekent is. Ita mercator propria fraude capitur et *fallacia alia aliam trudit*, vt ait TERENT. ANDR. *act. IV. sc. 4.* Pertinet huc dictum Plauti *in rudente act. IV. sc. 7. In ætate hominum*, ait, *plurimæ fiunt transennæ, vbi decipiuntur. Atque ædepol in eos plerumque esca imponitur, quam si quis auidus poscit escam auariter, decipitur in trasenna auaritia sua.*

Quibus extra iactum conferendum est.

§. XXVII. Ceterum *extra iactum* aliis quandoque ex æquitate conferendum est, vbi alias damnum *in omnium vtilitatem* cedit, quales casus aliquot ex statuto Hamb. recensendi erunt. Sic in iure Hamburgensi *P. 2. tit. 14. art. 35.* ita disponitur: Dieweil auch oftmals bey denen Saltz Laccagie ist, davon vor diesen keine Haverey gerechnet worden, und denn gleichwol nicht unbillig, wenn mercklicher grosser Schade daran befunden, und solches durch Verursachung, daß es, um ein Vörland zu vermeiden, oder seusten aus Noth, Schiff und Gut zu erhalten, beygeleget, oder über seine Maaß gesiegelt würde, und solches durch drey oder vier der besten im Schiffe endlich gezeuget, soll der Schade zur Billigkeit nach Erkäntniß erfahrner Leute vor Haverey gerechnet werden. Pariter propter collisionem nauium casualem quandoque conferendum est. Nam in *art. 7. p. 2. tit. 17.* constituitur, quod nauta dimidium damni ferre debeat, sed statim subiungitur: Auch darf des Kaufmanns Gut, das mit in dem Schiff ist, welches den Schaden gethan hat, den Schaden nicht mit

mit gelten. Ergo regulariter mercatores in hoc casu conferre non debent. Sed in *art. seq. 8.* casus refertur, vbi quandoque collationi locus esse debet. Si scilicet per collisionem nauis quædam ita deteriorata sit, vt quidem non mergatur, sed iactum facere debeat, vbi quæstio oritur, an nauis lædens conferre vel an etiam mercatores in naui læsa contribuere, an vero nauta damnum duntaxat ferre debeant? Si culpa desit, dimidium damni nauis lædens ferre debet, sed mercatores in naui lædente nil eo nomine contribuunt. Hæc tamen additur limitatio. Ist aber der Schade des zerbrochenen Schiffs, und geworffenen Guts grösser denn das ander Schiff mit seiner Zubehörung und der Fracht werth ist, zu der Zeit als es den Schaden gethan hat, so soll der Schade über das zerbrochene Schiff, Fracht und die darein salvirte Güter gerechnet, und wie in andern geworffenen Gütern gebräuchlich, nach Antheil eines jeden Gutes bezahlet werden. Sic ergo mercatores tantum tenentur in subsidium, si nauis lædens pro rata satisfacere non possit. Alias in *L. Rhodia c. 36.* distinguitur: *si nauis velificans in aliam nauim in portu quiescentem vel quæ vela laxarit, interdiu delata fuerit: Omnis tam collisio quam interitus ad exercitorem pariter et ad ipsos vectores spectat, ac reliquum est, vt et merces in contributionem veniant.* Quodsi res noctu acciderit, et nauis ignem non fecerit, nec clamores ediderit, se ipsam perdit, id est, damnum ferre sua culpa debet, quod ex tali collisione oritur. Similiter huc pertinet decisio *L. 4. pr. D. ad L. Rhod. de iactu*, quæ quoque in ius Hamburgense translata est *P. II. tit. 16. art. 9.* his verbis: Erfordert es die Noth, daß man ein Schiff muß leichten (non propter discrimina tempestatis marinæ sed propter loci naturam) damit es über Grund kommen, und desto besser in den Hafen möge gebracht werden. Da denn ein Theil der Güter in das Both oder Nachen gelosset, und damit versuncken oder umkämen, den Scha-

den

den muß man rechnen über das Schiff, Gut und Fracht. Additur tamen limitatio: Bliebe aber hernach das Schiff mit den Gütern, den Schaden darff man von den Gütern, die in dem Both enthalten, nicht mit gelten, quia, vt additur ratio *in cit. l. 4.* iactus in tributum demum venit, *salua naue*, quæ hic submersa est. Ceterum indefinite in textu dicitur: den Schaden muß man rechnen, ꝛc. quod tam de damno *amissarum mercium*, quam ipsius *scaphæ* amissæ intelligi potest. Putat tamen VINNIVS *in not. ad Peckium de re naut. in l. 4. cit. p. 245.* hoc tantum de *amissis mercibus* esse intelligendum, detrimentum *scaphæ* ad solum dominum nauis spectare, quæ decisio forsan hac nititur ratione, quod merces in scapham traiectæ expositæ sint periculo, et communium mercium seruandarum causa nauis exonerata sit; sed scapha in conseruationem nauis non præcise periculo exponatur. Ast hæc ratio diuersitatis inanis est; si merces in scapha traiectæ periculo exponuntur, necessario quoque ipsa scapha eidem periculo exponitur in vtilitatem nauis, et sicuti alias nautæ contribuendum est, malo caeso, seruandæ nauis et mercium causa *l. 5. §. 1. D. ad L. Rhod. de iact.* ita quoque in hoc casu idem obtinebit, vbi eadem contributionis æquitas occurrit.

Illis conferendum, qui impensas in vtilitatem communem fecerunt.

§. XXIIX. Denique quoque illis conferendum est, qui expensas conseruandarum mercium gratia fecerunt *l. 6. in f. D. ad L. Rhod. de iact.* quia parum refert, vtrum iactus factus fuerit, an alter quis damnum fecerit. Inde in *Stat. Hamb. P. II. tit. 16. art. 8.* disponitur: Wann ein Schiff an Grund seegelt, und es ist zu befahren, daß Schiff und Gut möchte Schaden leiden, könte man daselbst haben kleine Schiffe, was das kostet, sollen bezahlen Schiff, Gut und Fracht, gleich Werffgeld. Similiter in *art. 10.* ex eodem fundamento similis fit decisio: Wann ein Schiff

Schiff vorstehender Noth halben vor ein Land käme, da es haven müste, und daselbst unbekant wäre, so daß es einen Piletten bedürfte, was das kostet, soll gelten Schiff, Gut und Fracht, als in geworffen Gute verordnet ist. Idem obtinet, si nauis a piratis redemta sit. *Stat. Hamb. P. II. tit. 19. art. 1.* Ratio enim vbique est eadem, vt plenius et multis aliis exemplis deduxit LAVTERBACH. *de æquit. et extens. L. Rhod.*

§. XXIX. Æstimatio damni et rerum conseruatarum non est eadem. Nam secundum *l. 2. §. 4. D. ad L. Rhod. de iact.* amissæ æstimantur, quanti emtæ sunt, non quanti venire possunt: cum enim amissæ sunt, lucri futuri nulla haberi potest ratio; sed seruatarum mercium diuersa est conditio, quippe ex quibus adhuc lucrum speratur, et inde æstimantur, quanti venire possunt. In *consulatu maris c. 95. p. 123.* aliter distinguitur, vtrum dimidium itineris confectum sit nec ne, priori casu æstimantur amissæ, quanti venire potuerunt; posteriori vero, quanti emtæ sunt. Iure Hamburgensi *P. II. tit. 16. art. 2.* indistincte traditur: Der Güter (amissarum scil.) Werthe soll man rechnen als das ander Geld in dem Marckte, und das Schiff nach seinem Werthe, als der Schiffer es gesetzet, beneben der Fracht, und haben die Kaufleute die Wahl, ob sie es dafür annehmen, oder dem Schiffer lassen wollen, quæ decisio iuri WISBYCENSI *art. 20.* congruit. Ceterum de modo contributionem faciendi nihil addo, quia a commentatoribus *ad Dig.* plenius describitur. *Æstimatio damni.*

CAPVT

CAPVT III.

DE EXTRAORDINARIA DAMNI MARITIMI PRAESTATIONE.

ARGVMENTVM.

§. I. Quinam extra ordinem damnum maritimum praestent? II. De Assecuratione. III. Qualis sit contractus? IV. Quod periculum in ea suscipiatur? V. Obligatio assecuratorum ad damnum, nautae culpa illatum, praestandum, VI. VII. aeque ac ad casus insolitos praestandos: VIII. Nisi quidam in polizza sint excepti; IX. Ad contributionem ob damnum iactu illatum. X. Quo tempore eorum obligatio incipiat et quousque duret? XI. Damnum assecuratoribus mox significandum. XII. De obligatione ad damni maritimi praestationem ex sponsione. XIII. De Bodemeria. XIV. Quando nauta damnum maritimum praestet? XV. Conuectores de damno, in commune suscepto, tenentur.

§. I.

Extraordinaria damni praestatio.

Extraordinaria detrimenti maritimi praestatio in eos redundat, qui alias *iure ordinario* de damno maritimo non tenentur, sed *ex accidente*, forte *ex pacto* et *conuentione* discrimen maritimum subeunt. Atque hoc ipsum vel fit ab iis, qui iam concurrunt ad ipsam nauigationem, seu quorum *commodo* ipsa nauigatio suscepta est, vel ab *extraneis*, quorum intuitu nauigatio non est facta.

§. II.

§. II. Ad postremam classem potissimum pertinent *auersores periculi*, seu qui pro certo pretio periculum pro parte suscipiunt, vocanturque *Assecuratores*, *Asseuradeurs* vel etiam *Assecuradeurs*. Constat enim ex iure nostro, quod etiam *periculi susceptio* sit pecunia aestimabilis, et pro illa pretium certum promitti possit. *l. 5. D. de naut. fœn.* STRYK *in Vs. mod. ad tit.* *§. 2.* id quod in societate quoque attenditur, vbi socio, qui solus subit pericula, maius lucrum obuenire debet. *l. 29. §. 1. D. pro soc.* Idem ergo contingit in contractu assecurationis, negotio inter mercatores vsitatissimo, *vi cuius periculum rerum mari transuehendarum pro certo pretio suscipitur.* Quamuis autem etiam assecuratio *terrestris* detur vid. WERLHOF. *diss. de instrum. assec. sect. 1. §. 7.* cum tamen de hac non simus solliciti, et *maritima* frequentior sit, definitionem tantum ad materiam propositam direximus, vt contineret susceptionem periculi rerum mari transuehendarum. *Assecuratio quid?*

§. III. Quemadmodum vero hic contractus moribus gentium Europaearum debetur, et ita diuisiones iuris Romani hic plane accommodari nequeunt; ita otiosam, ne dicam insipidam esse quaestionem existimo, vtrum sit contractus nominatus, an innominatus, vtut de illa tantopere laboret STYPMAN *de iur. marit. p. 4. c. 7. n. 45.* item ad quem contractum iuris Romani referri debeat? Qui enim huiusmodi quaestionem mouent, supponunt vel arbitrantur, nullos alios dari contractus, quam qui in iure Romano expressi et explicati sint. Ita immersi nonnulli sunt studio iuris Romani, vt nihil amplectantur, nisi quod ius Romanum doceat, nihil credant, nisi quod Tribonianus verum esse ait, nihil solidum, eruditum, aut iustum esse putent, nisi quod ex legibus Romanis possit explicari, declarari, illustrari. Explicuerunt ICti egregie contractus, *Parum refert, qualis sit contractus.*

tractus, qui eo tempore inter gentes cogniti fuerunt, et quos necessitas communis inter gentes eo tempore produxerat. Ast sicuti commercia gentium post hæc tempora ingens incrementum acceperunt, inde non potuere non noua plane et antea incognita negotia nasci, quæ commerciis, prout nunc sunt, specialiter inseruirent. Ignota fuerunt ICtis Romanis *cambia*, quæ hodie tam insigne incrementum afferunt ad commercia gentium promouenda, quæ suis propriis regulis constant, vt proinde ex iure Romano minime explicari queant, sed ex suis propriis fundamentis et regulis æstimari debeant. Idem iudicium formandum esse puto de contractu *assecurationis*, qui suis peculiaribus regulis constat, adeoque proprius et ab aliis plane distinctus contractus est. Vtut enim in *l. 5 D. de naut. fœn.* quædam tradantur generalia fundamenta, quæ ad hoc negotium suo modo applicari possunt, illa ipsa tamen sunt principia iuris naturæ, sed specifica eius differentia moribus recentioribus debetur, et inde totum hoc negotium iudicandum est.

Quodnam detrimentum maritimum obliget assecuratores?

§. IV. Sed reuertor in viam. Forma assecurationis consistit in *susceptione periculi* et *constituta pretio*, quod vocant die *Premie*. Cum vero periculum variis contingere possit modis, siue casu fortuito siue culpa nautæ, inprimis videndum est, de quo detrimento assecuratores conueniri possint? Periculum quoad suam naturam requirit, vt sit incertum et futurum, WERLHOF *de instrum. assec. S. 1. §. 9.* quamuis enim contingere possit, vt quo tempore assecuratio fit, iam nauis perierit, quia tamen de eo non constat eo tempore, quo assecuratio fit, pro futuro reputatur. Quodsi itaque assecuratus iam sciret, nauem periisse, et subdole alios ad assecurationem induceret, susceptio periculi assecuratores haud obligaret propter

pter dolum, qui excludit consensum. Ceterum quale detrimentum maritimum obliget assecuratores, potissimum ex *instrumento assecurationis*, quod *Polizza* dicitur, iudicandum est.

§. V. Vnde si *culpa* nautæ damnum datum fuerit, quæstio oritur, an assecuratores eo nomine teneantur? Equidem si, vt communiter fieri solet, in *Polizza* expressum sit, daß sie auch vor den Schaden stehen wollen, der aus des Schiffers Faute entstanden, res expedita est, vid. STRYK. *Vs. mod. tit. de exerc. act. §. 7. in adducto responso.* Ceterum si expressa huiusmodi conuentio deficiat, non leuis ratio dubitandi nascitur, quo exercitor nauis factum sui magistri præstare debeat, et quod in susceptione periculi tantum cogitatum fuisse videatur de periculis, quæ *casui fortuito* adscribuntur. Accedit, quod in dubio interpretatio facienda sit contra eum, qui clarius loqui debuisset; *l. 31. D. de pactis*, qualis est is, qui singularem vtilitatem ex aliquo negotio quærit, scilicet mercator, in cuius vtilitatem facta est assecuratio, vid. *Diss. de Interpret. facienda contra eum, qui clarius loqui deb.* Hisce tamen non obstantibus, ordinarie quodlibet discrimen maritimum assecuratores subire iudico, modo assecurati in nulla culpa deprehendantur, vti recte sentiunt SANTERNA *de assecurat. p. 3. n. 19. seq.* REINOLD KVRIKE *de assecurat. p. 4.* STRACHA *de assecurat. gl. 31. n. 4.* FONTANELLA *dec 243. n. 14.* *Rota Genuensis dec. 3. n. 15.* Nam in plerisque fere locis etiam citra pactum in mores abiit, vt assecuratores de *dolo* etiam et *culpa* magistri nauis et cuiuscunque alterius extra ipsum dominum nauis teneantur SCACC. *de commerc. §. 1. q. 1. num. 155.* LYNCKER. *resp. 27. num. 14.* Atque hæc decisio optima fundatur ratione, quia quod *dolo* vel *culpa* alterius fit, respectu *tertii* pro damno casuali potest haberi. Hoc certum est, damnum *culposum* vel *dolosum*

Quid, si culpa nautæ damnum datum fuerit?

losum non excusare, quatenus cum eo agendum est, qui dolum vel culpam commisit. Ast respectu mercatoris, qui nullo modo ad *culpam* vel *dolum* sui magistri concurrit, hoc *damnum casuale* dicendum est, cum hoc præcauere aut auertere non potuerit, sed facto tertii oriatur. Conf. STRVV. *ex. 19. th. 32.* Immo qui magistro cuidam nauim vel merces suas committit, non tantum propter discrimina tempestatis marinæ, sed etiam ob factum sui magistri in timore hæret, et ideo assecuratores quærit, ideo pretium iis soluit, et proinde de quouis periculo illi teneatur. Atque ita quoque *Hamburgi* obseruari, non tantum ostendit prælaudatum responsum LYNCKERI, sed etiam sententia interlocutoria, quam *d. 25. Octobr. 1703.* domini ad admiralitatem deputati pronunciauerunt, et a WERLHOFIO *diss. de instrum. assec. in append. lit. u. p. 61.* adducta est. Cumque hanc materiam optime illustret, eandem hic repetere placet: Würde Kläger mit Cörperlichen Eyde erhalten, wie er zu thun schuldig, daß so wol bey Vermiethung seines Schiffes, Concordia genant, worauf Schiffer Erich Knutzen gewesen, als bey Errichtung der Police mit guter Treu und Glauben alles von ihm sey verrichtet und vergenommen worden, auch daß er nicht gewust, daß der supra-cargo Benedictus Nebel nach verbotenen Haven und Orten, allwo keine Königl. Zoll-Städte seyn, zu gehen gewillet gewesen, noch er der Kläger dem besagten Schiffer darzu einige Ordre gegeben, soll ferner definitiue ergehen was recht. Addit subinde WERLHOF inclytæ Facultatis iurid. Helmstadiensis confirmationem prædictæ sententiæ, adiectis decidendi rationibus. Ceterum non dubium est, quin assecuratores regressum habeant aduersus nautam, cuius dolo vel culpa damnum marinum contingit. LYNCKER *cit. respons. n. 17.* Non nego tamen, consultius et vtilius esse, etiam huiusmodi damna, quæ culpa vel dolo nautæ contingunt, in *Polizza* exprimere, et expresso

expresso pacto ad ea assecuratores adstringere, quo pertinent consuetæ formulæ, quæ in *Polizza* typis Hamburgi expressa, continentur: *Alle perikulen schade of ungeluken, bedacht en onbedacht, die dat Schip in eenige maneeren mogte overkomen, waer't ook, dat sulke geheurde door faute of te verrsuyrannisse van de Schipper of syn volk of te door wat actien enpretensien ok eenig ongeval of te confiscatie het sonden mögen procederen het sy von Vyanden of Vrienden.*

§. VI. Cum vero discrimina maritima sint infinita, quibus nauigantes sunt obnoxii, solet quoque dubitari, an assecuratores etiam de quibuscunque casibus teneantur? Constat enim, quod casus fortuiti distingui soleant in *solitos* et *insolitos*. Vtut enim omnis casus *suo modo* possit dici *insolitus*, eo sensu, quod *ex accidente* eueniat, nihilominus tamen *comparatiue loquendo* recte potest dici, quosdam esse solitos, qui facilius contingere et ita præuideri quodam modo possunt, licet præcaueri nequeant; quosdam insolitos, qui forte mille annis semel contingunt. Vnde licet CARPZOVIVS *P. II. c 26. def. 8.* hanc distinctionem non adeo attendendam esse judicet, vbi quis generaliter et indefinite casus fortuitos susceperit, admittit tamen limitationem *n. 7.* in casu plane inusitato, vel insolitissimo, qui forte mille annis semel contingat, de quo non cogitarunt contrahentes. Idem probat Cardinalis MANTICA *de tac et ambig. conuent. lib. V. tit. 8. n 3.* vbi *n 6.* addit, non tantum casum insolitum appellari, qui semel mille annis contingit, sed hoc tantum exempli causa et *hyperbolice* ita dici, sufficere itaque, si per hominum memoriam eiusmodi quid haud acciderit. Atque exinde concludit MARQVARDVS *de iure mercat. lib. II. c. 13. n. 66.* assecuratores haud teneri, si nauis in balænæ molem sub vndis latitantem impetu vehementiori il-

Vtrum etiam casus insolitos assecuratores præstare teneantur?

lisa

lisa compagibus reuulsis perierit. Conf. SEBAST. MEDICES *de casib. fortuit. p. 1. qu. 15. n. 18.* et STRYK. *in Vs. Mod. ad tit. de nautico fœnore §. 7.*

Decisio. §. VII. Vtut vero hanc distinctionem in aliis contractibus, veluti locati conducti improbare haud possim, dubito tamen, an ad præsentem possit applicari materiam. Hæc enim est assecurationum natura, vt assecuratores in locum eius, cui fit assecuratio, transeant, quemadmodum quoque in *polizza* exprimi solet, quod locum assecurati subire velint, vt habetur in formula polizzæ anno 1637. Hamburgi concepta et à STYPMANNO *p. 4. de iure marit. c. 7. n. 425.* relata, vbi in medio dicitur: *Wystellen ons van alls tot als in te plaetse*, vel etiam ita: *in alles ende tot alles in des geassureerden plaetse om denselven te befryen, en van alle Schwarigheden, sonder eenige exceptien schadeloos te houden.* Vnde etiam est, quod Doctores asserant, mercatores quasi euentum periculi ab assecuratoribus emere. SANTERNA de *assecur. p. 3. n. 22.* Ex quo fluit, assecuratores idem præstare debere, quod exercitor nauis præstare debuisset, si assecuratio nulla facta fuisset; iam autem ipsi damnum obtigisset, ergo post assecurationem pro illa parte illud sustinere debent, pro qua locum exercitoris intrarunt. Equidem ICti veteres de hac materia mirum in modum titubarunt; nec ipse PETRVS SANTERNA *cit. l. n. 74.* se satis expedire potuit, qui, dum Bartolum suum ab imputato errore et contradictionis vitio vindicare anxie studuit, semet magis intricauit, quam extricauit. Neque enim satis inquisiuit, vtrum hæc distinctio, quæ in aliis materiis quendam vsum habere potest, ad præsens negotium eadem facilitate applicari possit? De quo vel ideo dubito, quia hoc totum negotium de essentia sua vnice ideo contrahitur, vt assecurator pro

pro certo pretio periculum suscipiat. Ast in ceteris contractibus *ex accidente* contra naturam negotii ordinariam ex pacto quis suscipit periculum, vbi per pactum plane receditur a natura contractus ordinaria, et consequenter stricte talia pacta sunt interpretanda, ne nimia irregularitas inducatur. Sic conductor non tenetur de casu fortuito ex contractu locati; tenetur tamen ex pacto, si illum in se recipit. Hoc pactum autem naturam locationis plane mutat et inuertit, et irregulare quid in ipso negotio producit. Quando ergo de huius pacti intellectu vel interpretatione dubium oritur, in dubio illud restringendum, ne nimium a natura contractus recedatur, et hoc intuitu casus insolitissimi excludendi sunt. Ast huiusmodi ratiocinationes in contractu assecurationis cessant, quia hic de essentia et natura totius illius negotii est, et detrimenta quaeuis pro pretio ab assecuratore suscipiantur, adeoque si casus etiam insolitissimi assecuratoribus tribuuntur, nihil fit contra naturam huius negotii, sed plane secundum eam.

§. IIX. Ex quo concludo, assecuratores ordinarie omnem casum praestare debere, quocunque modo contingat, siue susceptio periculi *indefinite* concepta fuerit, siue *definite*, vt casus etiam in specie recenseantur. Fieri hoc solet communiter ad omnes euitandas controuersias, cum, vt antea dictum est, Dd. hac de re satis inter se disceptent, quae lites cessant, si specialis expressio adsit v. c. *alle perykel der Zee, van viervan Winden, van vianden ende Vrienden, van Brieffen, van Marke of repressalien, van arrest ende detentie, van Konige Printzen ende Herrn, wie sie syn ende generalyken van allen andern perykeln ende fortuynen, si souden moogen overkoomen in eeniger manier, oft de man soude moogen vordenken gewonlik of vngewonlik.* *Cur species casuum fortuitorum referantur?*

wonlik. STRYK. *in Vſ. Mod. tit. de naut. fœn. §. 7.* STYPMAN. *de iure marit. P. IV. c. 7. n. 335.* De illo tamen non tenentur periculo, quod expreſſe in *polizza* exceptum eſt. Sic STYPMANNVS *cit. l. num. 425.* exhibet formulam *polizzæ*, anno 1637. Hamburgi conceptam, vbi hæc exceptio adiecta: *doch van de arreſt van ſyn Maytt. van Dennemarken in de Sont dragen wy aſſeuradeurs geen pericul,* quæ tunc vtilis erat propter bellum, quod inter regem Daniæ et ciuitatem exarſerat.

Aſſecuratores contribuunt ad damnum ex iactu factum

§. IX. Ex hactenus dictis facile colligitur, etiam aſſecuratores contribuere debere, ſi *iactus* ſeruandæ nauis cauſa factus ſit. KÜRIKE *de aſſecurat. p. 6.* quia iactus quoque caſibus fortuitis annumeratur. In genere enim conferre debent, quorum intereſt ſaluam nauim eſſe *l. 2. §. 2. D. ad L. Rhod. de iact.* STRVV. *ex. 20. th. 18.* et ſicuti omnes conferunt proportionabiliter, ita quoque aſſecuratores pro illa parte conferre tenentur, pro qua periculum ſuſceperunt.

de tempore.

§. X. Ordinarie periculum, quod aſſecuratores ſuſcipiunt, in eos redundare incipit a tempore; quo merces in nauim ſunt inlatæ, duratque vel ad *tempus* præſcriptum, veluti ad tres menſes, vel vsque ad *certum locum.* Inde in *polizza* hoc exprimi debet. Fit huius temporis mentio in formula apud STYPMAN. *cit. l. Welker Ryſik wy dragen ende tot onſen laſte nemen, naden dach ende vre, dat deſelffde Koopmanſchappen ſullen geladen of geſcheept geweſen, om aen boort te vooren, vant ſelffde Schip of 't ſcheepen ende in't het ſelffde geladen ſullen ſyn erde ſal dueren totter tyt tot het ſelffde Schip ſy gekomen in deſelffde haven van Hamborg binnen Booms ende deſulue Koopmanſchappen vpt Land ſullen ontladen zyn in gœde Behoudeniſſe.* Quod ſi ad *certum tempus* periculum ſuſcipiatur, veluti ad tres menſes, elapſo tempore, exſpirat obligatio aſſecuratorum, licet poſt tempus nauis pereat, vti contigit in caſu *c. 11. §. 20.* adducto.

§. XI.

§. XI. Quodsi ex discrimine marino detrimentum secutum est, mox hoc indicandum assecuratoribus. Sic anno 1697. *art.* 53. inter assecuratores Hamburgi conuentum esse refert WERLHOFF. *diss. de instrum. assec. p.* 41. Daß in der Police zu drucken, daß von allen Schaden und Avarien, so in Europa geschehen, innerhalb Jahres-frist an den assecuradeurn intimatie und Nachricht von dem ergangenen Schaden müsse gethan werden bey Verlust der Forderung. Facta intimatione, intra duos menses assecuratores soluere tenentur, quatenus periculum in se susceperunt, ad quod in *polizza* sese obstringere solent, vti ex formula, quam WERLHOF. *cit. l. p.* 55. adduxit, conspicuum est.

Quid, si damnum contigerit?

§. XII. Pergo ad alias rationes, quibus quis extra ordinem damna maritima subire tenetur. Potest hoc quandoque contingere per *sponsiones* durch Wetten, quas mercatores de casu incerto, etiam infidi maris, inire solent, quorsum pertinet decantata illa, a ICtis toties repetita sponsio: *si nauis ex Asia redierit vel non redierit l.* 129. *D. de V. Obl.* Quodsi enim nauis non redierit, sponsor, qui in hunc euentum aliquid promisit, soluere debet. Sed cum materia *sponsionum* ab aliis iam satis excussa sit, vel tetigisse eam sufficit, cum mihi vela sint contrahenda, quippe portum iam prospicienti.

Quatenus sponsores damnum praestent.

§. XIII. Similiter in *pecunia traiectitia*, et hodierna *bodemeria* susceptio periculi quaedam occurrit, non quidem totius nauis, sed pecuniae aliusue rei fungibilis mutuo datae, et quidem itidem vel in meatum et remeatum *l.* 1. *C. de naut. foen.* vel in meatum tantum *l.* 3. *C. eod.* vel ad certum tempus *l.* 6. *C. eod.* Sed cum hisce modis non periculum in vniuersum suscipiatur, sed tantum pecuniae creditae, vnde vulgatum: Wer

Remissive de bodemeria et nautico foenore.

Geld auf Bodemerey giebet, lauft risico davor, in hoc profundum pelagus me immittere nolo, praesertim cum materiam *de bodemeria* peculiari dissertatione solide iam explicuit BODINVS. Illud vel binis addere verbis placet, toties tantum pecuniam periculo creditoris esse, quoties mero infortunio nauis periit: si enim culpa debitoris, nautae scilicet, damnum contingit, creditor pecuniam omnino exigere potest. Et huc pertinet decisio *l. 3. C. de naut. foen.* vnde praesentis dissertationis rubrica desumta est: in quo textu casus continetur, vbi nauta illicitas merces, *Contrabande Waaren*, comparauerat, et propterea fiscus totam nauim occupauerat, de quo casu haec decisio traditur, quod *amissarum mercium detrimentum, quod non ex marinae tempestatis discrimine, sed ex praecipiti auaritia et inciuili debitoris audacia accidit, creditori adscribi nequeat.*

Quando nauta extraordinem damnum maritimum praestare debet.

§. XIV. Progredior ad alterum membrum, vbi agendum est de iis, qui extra ordinem damnum maritimum praestare debent, et simul *ad nauigationem* concurrunt. Sic aliquando *nauta* extra ordinem ad detrimenti maritimi reparationem tenetur, vti contingit in specie, quam recenset Alfenus in *l. 31. D. locat.* *In nauem Saufeii*, ait ICtus, *cum complures frumentum confuderant, Saufeius vni ex his frumentum reddiderat de communi, et nauis perierat, quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris auersi actione?* ICtus hanc quaestionem distincte decidit, et ante omnia videndum esse ait, quid actum fuerit inter partes, cum tres casus hic distingui possint. Primus casus, qui etiam ad praesentem materiam spectat, est, si locatio irregularis inita sit, *vt eiusdem generis traderetur*, h. e. vt simpliciter tantum quantitas redderetur in loco destinato, quo casu in creditum itum esse videtur, veluti cum argentum pusillatum

tum fabro daretur, vt vaſa fierent, et aurum; vt annuli, quò intuitu triticum Saufeii factum fuiſſe videtur, et ita recte vni partem ſuam tradidit, nauta autem de reliquo tenetur, cum debitor non ſpeciei ſed generis ſit, genus autem perire non poſſit *l. 11. C. ſi certum petat.* Quin quod frumentum Saufeii factum ſit, ipſi quoque tanquam domino perire, et ita extra ordinem periculum præſtare debet. Alter caſus eſt, ſi ita datum ſit frumentum, *vt in ſimili re ſolui poſſit*, conductor tantum culpam præſtare debet. Obſtat quidem, quod debitor generis fiat, et ita eadem deciſio obtinere debeat, ſed recte animaduertit STRYK *in Vſ. Mod. tit. locati §. 6.* hoc non fieri *abſolute*, ſed *intuitu certæ ſpeciei*, h. e. ſe obligauit ad reddendam quantitatem certam ex aceruo in naui congeſto, intuitu cuius eſt debitor ſpeciei Si ergo nauis periit, conueniri nequit, ſi culpa caret. Denique caſus tertius, *ſi ſeparatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa cluſum vniuscuiusque frumentum fuiſſet, ita vt internoſci potuiſſet, quid cuiusque esſet*, et hoc caſu ſingulis ſuum reddere debet, nec de caſu tenetur. Neque enim hic communio facta eſt, vti in ſecunda ſpecie contigit, vbi mercatores frumentum confuderant. Ceterum cur ICtus *oneris auerſi actionem* hic deneget, optime explicat STRYK. *cit. l. §. 7.* quorſum B. L. remitto.

§. XV. Sic etiam *conuectores* per pactum damnum *in commune* ſuſcipere poſſunt, vt etiam de damno teneantur, quod tantum in bonis alicuius ex illis contigit. Sic in conſulatu maris *cap. 194.* hac de re ita cauetur: *So der een onweer ontſtond, na dat het Schip een gedelte der ingelaade gœderen geloſt had, waar door het overige Gœd, dat nog in't Schip gebleeven was, quam te verongelukken, ſal het gœd, dat reets ontſcheept is met verſchuldigt weeſen te contribueeren voor het geen,* *Si conuectores in communi periculum ſuſceperint.*

 dat

dat verongelukt is, so anders de Koopluyden, die dat Goed toebehoort, te vooren nig sullen bedongen hebben, dat het eene Goed de Schade van het andere sal helpen dragen.

Conclusio. §. XVI. Sed quemadmodum *viris, qui nauibus vehuntur, praecipuum gaudium est, nauigationem auspicantibus deductorium venire ventum, verisimile est enim et in fine meliorem reditum consequuturos*, vt ait Pindarus *oda I. Pythion.* ita, postquam secundis ventis a littore solui, et per varios casus, per tot discrimina rerum aequora pererraui, in fine quoque meliorem reditum consequor. Ex alto enim procul terram conspicio, et sic exire de naui cogor. Vtrum recte nauigauerim, aliorum esto iudicium. Explicui pericula maris. Quis vero inter tot fluctus sine periculo nauigat? Noui illud PLAVTI *in Penul. act. 1. Sc. II.*

Negotii sibi qui volet vim parare,
Nauem et mulierem haec duo comparato.
Nam nullae magis res duae plus negotii
Habent, forte si acceperis exornare.
Neque vnquam satis hae duae res ornantur
Neque eis vlla ornandi satis satietas est.

Verum satis solatii est nauigantibus, quod quomodocunque littus petere possint, quod genus solatii quoque allegare non erubesco.

EXER-

EXERCITATIO L.

AD LIBR. XVI. PAND. TIT. I.

DE

EFFICACI MVLIERVM INTERCESSIONE.

PROLEGOMENA.

§. I.

Sequiorem sexum plurimas apud gentes, potissimum vero Germanos, insignibus iurium beneficiis esse munitum, cuilibet, BENEDICTI CARPZOVII, MARTINI BENCKENDÖRFII de *iuribus feminarum*, MELCHIORIS HAHNII *de iure sexus feminini singulari*, FRIDERICI PRVCKMANNI *de differentiis inter vtrumque sexum*, WIBELII *de contractibus mulierum*, aliorumque hanc in materiam exasciata opera, fugitiuo solum oculo lustranti, luculentissime apparebit.

§. II. Licet vero illorum accedere nolim sententiae, qui plurima prouida legislatorum sollicitudine mulieribus indulta priuilegia e republica penitus tollenda arbitrantur: nihilosecius non iniquas sane illorum, penes quos aequum iurisprudentiae iudicium, incurram censuras, si dixerim, coarctandam merito nimis laxam interpretum muliebria priuilegia extendendi libertatem, siquidem hi, partim ex ratione non recte intellecti brocardici illius famosi *l. 3. D. de constitut. princip.* beneficia principum et fauorabilia latissime esse interpretanda; partim ex studio suscepti argumenti, in eo plurimi esse consu-

sueuerunt, quomodo, refragantibus sæpissime legum rationibus, fauentia huic sexui legum adiuuamina ad casus plane incongruos extendere possint.

§. III. Insigne nimis latæ eiusmodi interpretationis specimen se se in materia *fideiussionis* muliebris exserit, vbi autores in SCtum Velleianum (*) commentati, hoc iuris auxilium, inuita plane themide, vsque adeo extendunt, vt cum ex mente legis romanæ, *præsidium fragilitatis deceptæ* esse debeat, iam modo non ex voluntate illorum, *asylum decipientis astutiæ* esse possit.

§. IV. Non defuere quidem, qui strenuam operam ad euellendos hos errores et inualiditatem fideiussionum muliebrium intra iustos cancellos coercendam contulerunt: cum vero multa vlteriori indagine dignissima, penitus intacta animaduertamus, materiam hanc de *validis mulierum intercessionibus* commentatione nostra, pro virium modulo, excutere constituimus.

§. V. Est vero hoc in argumento ille mihi præcipue præfixus finis, vt non tam casus in quibus mulieres intercedentes se beneficio iuris tuentur, quam, hos vbi frustra legum sollicitant præsidia, et firmiter fidem datam liberare coguntur, expendere connitar.

§. VI. Antequam vero argumento huic pertractando me accingam, non parum inde lucis ei accessurum confido, si prius in principia, ex quibus fideiussio mulierum partim diiudicari solet, partim diiudicari deberet, et in origines enati apud

*) Pertinet huc etiam LESCHASSERII Galli Tractat. *de SCti velleiani renuntiatione*, GALLERATIVS *de renunciatione*. HERING. *de fideiuss.* etc.

apud Romanos inque fora Germanorum recepti *SCti Velleiani*, inquisiuero natales. Profluent inde sua sponte conclusiones, et satis liquido constabit, quam labili fulcro, doctrina de *inualidis mulierum intercessionibus*, multis in casibus, innitatur.

CAPVT I.
DE
HISTORIA ET RATIONE
SCTI VELLEIANI.

ARGVMENTVM.

§. I. Intercessio mulierum iure naturali valida. II. III. Feminæ, siue sui siue alieni iuris essent, intuitu fideiussionis iure Rom. antiquo beneficio iuris non indigebant. IV. Rationes introducti huius beneficii iuris. V. Recensio legum, eam in rem latarum. VI. Sententia SCti Velleiani VII. Iustiniani sanctiones. VIII. Sententia auth. si qua Mulier. IX. Iuris Canonici, X. XI. et iuris Germanici sanctiones.

§. I.

Principia hæc meditanti, primum omnium *ius naturale*, quod merito principem iurisprudentiæ nominaueris basin, occurrit. Ex huius sanioribus principiis si feminarum fideiussiones diiudicare velis, sunt certe a) validæ, per-

Quid ius naturale circa intercess. mul. statuat.

a) Cum dictamine sanæ rationis edocti sciamus, quemlibet hominem, iudicio præditum, ex sua conuentione serio inita, teneri: quis quæso mentis compos de valore intercessionum muliebrium ambigere vellet? cadit enim in illas iudicium et voluntas, huiusque declarandæ liberrima facultas. Conferatur PVFENDORFFIVS *de iure naturæ et gentium L. III. C. IV.*

perfectæque inde enascuntur obligationes. Quamuis vero leges ciuiles obligationem hanc imminuere vel penitus b) tollere

b) Hæc iuris naturalis dispositio an per leges ciuiles immutari possit, quæstio exoritur? quibus negatiua arridet cum CYPRIANO REGNERO *in Disp. ad instit. 25. th. 1.* hunc in modum disserunt: Quemlibet hominem teneri ex sua conuentione: hanc esse æternam iuris regulam, et summa cum violatione boni publici violari, nisi contraria reipublicæ salus dissuadeat, hanc vero in SCto non dari. Immo nonnulli vsque eo audaciæ progrediuntur, vt cum AMESIO *L. 5. Conscient. c. 45. n. 5.* statuere non erubescant: *In contractibus vbi obligatio iuris naturalis inducitur, non posse ius naturale a ciuili abrogari, neque illum, in cuius fauorem lex irritum facit contractum, salua conscientia, contra eundem iudice coram agere, aut petere posse, vt declaretur irritus aut nullus, si constet ipsi de veritate.* Firmioribus vero affirmatiua fulcitur fundamentis. Nam licet (1) ius naturale, pro lege sumptum, non possit directe mutari a lege positiua, ius naturale tamen pro *potentia morali* et *facultate* ad normam relata, vel, vt cum GROTIO loquar, pro *attributo personæ* sumptum, quale ex contractu in contrahentes redundat, non solummodo per leges positiuas augeri, sed et directo tolli ac minui potest, quia est *iuris permissiui*, quod neque prohibet neque præcipit. vid THOMASIVS *in fundam. iuris naturæ et gentium L. 1. c. V. §. LXII.* (2.) Pacta esse seruanda est iuris naturalis *præcipientis*, sed quomodo pacta sint condenda, non est in iure naturali determinatum. Vnde quamprimum homines ex *naturali* statu in *ciuilem* transire, inque Rempublicam coalescere cœperunt, simul etiam animaduerterunt, ob defectum determinati modi, quomodo sit paciscendum, non commode improba paciscentium fallendi studia refrænari posse, saluam igitur non fore sine legibus positiuis societatem ciuilem. Enata inde *potestas legislatoria.* Sed iam inculcabat eadem ratio, quæ leges condendas suaserat, quomodo reipublicæ nouiter efformatæ ciues, ex arbitrio suo adhuc viuere assueti, ad obseruationem legum latarum commode adducendi essent, nullumque medium aliud quam *metus externus* excogitari poterat. Hic vero cum triplex, vel *pœnæ*, vel *damni*, in re familiari, vel *frustraneitatis*, prior in obseruandis legibus circa formas contractuum disponentibus non *necessarius*, sed ad delicta socialitatem directo turbantia restringendus: secundus, damni nempe in re familiari, quia quilibet contrahentium sibi spe lucri blanditur, non *sufficiens*; tertius vero *frustraneitatis* seu *nullitatis*, et *sufficiens et necessarius* videbatur. *Necessarius*: cum aliter finis legis obtineri non posset; *sufficiens*, quippe, non obseruata ea, quam lex præscripserat forma, contractus neminem contrahentium obligaret, inde-

que

tollere possint, censorea tamen virgula isti notandi, qui immutationem talem ex ipsa *æquitate naturali* c) deducere frustraneo allaborant conatu.

§. II.

que hi inuiti flecterentur, ex legis ciuilis præscripto, determinatam pacti obseruare formam, si alias se inuicem firmo vinculo obstringere vellent. Cum igitur, veluti ex his præmissis apparet, ex iuris naturalis dictamine summæ in Republica potestati permissum, pactis certam præscribere formam, simul inde elucescit, (cum qui concedit finem, concedat etiam necesse est media ad finem ducentia,) liberum quoque ipsi esse irritos facere et annullare contractus iure naturali validos. Et hoc est, quod dicitur in *l. 6. de I. et I. ius ciuile non in totum iuri naturali inseruire, sed ei aliquid addere, aliquid detrahere.*

c) Licet vero his rationibus inductus existimem, posse leges ciuiles valorem intercessionum muliebrium tollere, attamen inde VLRICI HVBERI *in eunomia romana ad l. 1. D. de SCto Velleiano* opinioni nullus subscribo, qui plus iusto æquitati SCti Velleiani tribuens, regis Galliæ HENRICI M. edictum, quo, vsu legis illius peregrinæ abrogato, intercessiones mulierum ad simplicitatem legum naturalium redactæ sunt, improbat; idem etenim est, ac si ius naturale iniquitatis insimulare vellet. Immo nec illis calculum addo, qui cum IOANNE SCHILTERO *ad instit. L. III. tit. XXI. de fideiuss.* vti et in *praxi iur. rom. in foro German. exerc. 28. de SCto Velleiano §. 1.* fundamentum LL. ciuilium fideiussiones mulierum infringentium ex ipsa æquitate naturali deriuare contendunt. Dicunt equidem (I.) *Natura in sexu agnoscit iudicii differentiam, maturius quippe constantiusque in viris, minus serium, imbecillius et facilius decipi, in feminis.* Videatur SCHILTERVS *cit. loco* IDEM *exercit. 10. §. 16.* Ast inde (1) non euincitur, eam esse imbecillitatem iudicii, quæ priuilegium hoc iuris suadeat; sufficit tantam esse iudicii vim quam pro pacti qualitate ius naturale exigit. (2) Imbecillitas hæc iudicii modo *comparatiue* de feminis respectu virorum dicitur, si vero ex eiusmodi comparatiua imbecillitate æquitas elicienda esset, quid obstat, quominus ipsis aduersariorum verbis dicamus: *Agnoscit natura in viris iuuenibus viginti sex, et senibus quinquaginta annorum iudicii differentiam, maturius quippe constantiusque in viris quinquaginta, minus serium imbecillius et facilius decipi in viginti sex annorum.* An vero inde naturalis ratio suadet, priores speciali priuilegio esse muniendos? Si argumenti nostri vim refellere moliaris, dicendo: Viros iuuenes sæpe quinquagenarios rerum gerendarum antecellere prudentia: responsio in promptu.

Ius Romanum circa fideiuss. mulierum.

§. II. Ad *Romanas* transeo *leges*, quæ vti in genere ex temporum vicissitudinibus multas mutationes perpessæ, ita et quoad intercessiones mulierum, diuersis temporibus diuersissimis iuribus viuere iusserunt.

Primis temporibus legis beneficium exulabat.

§. III. Sub primis nascentis populi Romani incunabulis immo nonnullis seculis post, ea deprehendebatur feminarum conditio, vt minime ob intercessiones legum beneficio indigerent. Erant enim aut *alieni*, aut *sui iuris*. Quæ *alieni*, aut in *potestate* d) *paterna* aut *maritali*

promtu. Sæpissime etiam euenit, vt maior iudicii maturitas ingeniique acrimonia in feminis quam in viris emineat. Vnde quæso tot querelæ, sequiorem sexum calliditate infinitis fere interuallis post se masculos relinquere! Huic (3) addere lubet, si imbecillitate in aliis contractibus stante, eadam æquitate feminis succurri deberet: sed hoc modo per iniquam certe æquitatem a iure contractuum excluderentur. Regerunt equidem illi: In fideiussionibus ideo LL. ciuiles annullare valorem, quia in his damnum non præuident, in aliis vero contractibus, v. g. in donatione statim sentiunt. *l. 3. D. de SCto Vellei.* Verum enim vero neque hæc ratio, vt in illa acquiescam, mihi sufficiens esse videtur. Dantur enim et alii contractus, mutuum, commodatum etc. vbi itidem ex improuiso et post facto emergens sentiunt damnum, et tamen omnes, vnanimi profitentur consensu, ipsa æquitate naturali iubente, firmissime feminas ex omnibus, excepta fideiussione, contractibus obligari. Confugiunt (II) *ad l. 1. D. de fideiuss.* æquitatem naturalem ideo feminis hoc priuilegium poscere, ne damnum inferant rei familiari vid. SCHILTER *cit. loc.* §. 2. Sed hanc æquitatis rationem etiam ad *viros* pertinere, nemo, apud se reputans, fideiussionem esse plenum periculosæ aleæ opus, quod et viros ad incitas redigere solet, inficiabitur. Cumulare hic certe plures rationes mihi integrum esset, nisi præfixus scopus me ad alia auocaret, et iam ex dictis affatim thesis nostræ patesceret veritas, quæ, vt omnia in compendium mittam, eo collineat: *Posse quidem LL. Ciuiles fideiussiones mulierum naturali obligatione sic ingentes reddere nullas, non tamen æquitatem naturalem præcipere et iubere vt eiusmodi lex a principe condatur.*

d) Hæc potestas patria complectebatur tum temporis, (I.) ius *vitæ et necis.* DIONYSIVS HALICARNAS. *l. 2. c. 25. c. 27,* IDEM *l. 8. c. 91.* VALERIVS MAXIMVS *l. 5. c. 8.* vid. CAROLVS SIGONIVS *de iure*

ritali ſubſiſtebant e), eoque nomine vix f) erat caſus dabilis, vt quis ab illis et ſponte oblatam intercesſionem acciperet, multo minus expoſceret, cum ipſi vel plane inutilis g) vel ad minimum minus neceſſaria foret. Quæ *ſui iuris*, has lex Romana *perpetuæ tutelæ* ſubiicere h) proficuum, ob intercesſio-

iure antiquo ciuium Roman. l. 1. 6. 10. p. 134. Accedebat huic iuri (II.) ius per liberos acquirendi SEXTVS EMPIRICVS *hypotyp. III. 24.* SENECA *de beneficiis* DIONYSIVS HALICARN. *antiquit. roman. VIII*, vbi ait: *Romanis filiis nihil proprii eſt viuis patribus, ſed et pecunias et corpora liberorum patribus ad eorum arbitria tradidit lex Romuli.* Quicquid etenim de iure peculiorum diſpoſuerunt leges Romanæ, ad recentiores ſubſequentium ſeculorum legum rogationes referendum. Videatur GERARDVS NOODT *de vſufructu II. 4. p. 008.* (III.) Redundabat ex patria poteſtate effectus, quod liberi ſub illa conſtituti eſſent heredes ſui et neceſſarii ſimul. SCHILTER. *exerc. ad D. 38. §. 142.*

e) Eadem iura maritalis producebat poteſtas. Vid SIGONIVS *de antiquo iure ciuium Roman. l. 1. c. 8. p. m. 131.* IOANN. GOTTL. HEINECCIVS *in antiq. romanis ad inſt. Diſſin. l. I. t. X. n. 3. et n. 11.*

f) Nulla etenim tum temporis propria bona habebant, inutilis igitur, quam diu pater et maritus ſuperſtes.

g) Dicis: Intercesſionem debitor acceptam expectabat patris ſeu mariti ſata: ſed intercesſio tum fiebat ſuperuacanea. Filiæ enim et vxores in poteſtate conſtitutæ, tenebantur, tamquam heredes ſuæ et neceſſariæ, etiam ſine intercesſione, æs alienum ſoluere: nam beneficium abſtinendi demum ex *iure prætorio* ſubſequenti ætate introductum eſt. Inſtas porro: intercesſio a debitore expetebatur, ne vxor pro marito intercedens, oborto diuortio, repeteret dotem, quo ex hac, deficientibus mariti facultatibus, creditoribus ſatisfieret. Ad ſcrupulum hunc eximendum obſeruo, ignoraſſe primum innocuum et ad illibati amoris integritatem compoſitum æuum diuortia. Primum exemplum quadringenteſimo a. v. c. anno, in SP. CARVILIO RVGA, Roma ſtupefacta vidit. DION. HALICARNASS. *antiq. Rom. 11. p. 96. et in Numa p. 77.*

h) Sui iuris feminæ factæ, recidebant in *perpetuam tutelam.* An hæc ex iure Attico, vti SCHILTERVS *exerc. XXXVIII. ad D. § 227.* opinatur, vel ex legum a ROMVLO et NVMA POMPILIO latarum ſcaturiginibus profluxerit, noſtrum non eſt inquirere. Annotaſſe ſufficiat, *tutelam* hanc fuiſſe vel *pupillarem* vel *perpetuam*, hanc iterum vel *legitimam* ſeu

cessiones vero speciali donare priuilegio, superuacaneum i) existimabat.

Posteriori tempore necessarium videbatur.

§. IV. Sicuti vero ex temporum interuallo potestas *patria* k) ac *maritalis* l) pristinam exuit formam, ita et, cum beneficium abstinendi m) heredibus suis a prætore indulgeretur, diuortiorumque, ingruente indies et latius serpente ciuium libidine, frequentissimus n) esset vsus, peculia liberorum,

seu *cessitiam*, vel *prætoriam* seu *attilianam*. Vid. THOMAS SCHROEDERVS *in institutionibus tutorum et curatorum P. 1. q. 11. n. 2.* ibidemque allegati BACHOVIVS ad TREVTLER. *vol. 2 disput. 8. th. 7. lit. d.* Hulus vero effectus in eo consistebat, vt feminæ nullam, nequidem rem priuatam, sine auctore agerent, referente CATONE apud LIVIVM *XXXIV. II.*

i) Feminæ impuberes aut contrahebant absque auctoritate tutoris, et tum non obligabantur, sed erant ipso iure tutæ; aut cum auctoritate tutoris vel curatoris consensu, quo casu stricto iure quidem obligatæ erant; restituebantur vero in integrum. vid. STRVVIVS *exerc. 8. th. 48.* Ratione harum personarum igitur SCtum aliquid superuacanei fuisset. Restant feminæ *adultæ maiorennes.* Hæ itidem sub perpetua curatela degebant. Quorum cum consensu vbi contractum feminæ inibant, perfecta obligatione tenebantur, CICERO *top. XI.* IDEM ORAT. *pro A. Cæcinna XXV.* VLPIANVS *in fragm. 11. 25. 27.* firmumque ideo erat interpositæ fideiussionis vinculum. Verum cum ex prouida legum dispositione curatorum cura illis esset in subsidium data, qua imbecillitati suæ subuenire possent, supersedebat merito legislator, hoc iuris beneficium alio cumulare, satis sequiori huic sexui tutorum et curatorum regimine consultum existimans.

k) Immutationes varias circa patriam potestatem Romanorum recenset THOMASIVS *in diss. de vsu pract. tit. inst. de patria potestate §. 4. 5. 6. vsque ad 47.*

l) Cum politius æuum martium hunc populum ad molliores vocaret mores, mitioresque flecteret leges, ius maritale ita Variabatur, vt ipsi ICti nescirent, ad quam classem vxores referre deberent. Videantur quæ hanc in rem dissérit THOMASIVS *in dissert. de vsu pract. tit. instit. de his qui sui vel alieni iuris §. 6. sub lit. l. et m.*

m) *l. 57. D. de acquir. vel omitt. hered.* VLRICVS HVBERVS *in prælect. ad D. cit. tit.* IDEM *ad instit. l. 11. t. 19. sub n. 1. p. 204.*

n) Diffluebant animi Romanorum voluptate, vnde cum paulatim a prisca morum integritate degenerarent, neque

rum o), bonaque p) illata noua conſequerentur iura; non ſolum interceſſiones factæ ſunt caſus dabiles q), ſed et cum tutela perpetua ſenſim paulatimque deficeret, forte r) adeo frequentes, vt legislator iam feminis iuris beneficio ſubuenire conſultum neceſſariumque duceret.

Recenſio legum quibus feminis circa ſ leiuſſiones proſpectum eſt.

§. V. Cum igitur, tutela perpetua modo non penitus ſublata, mulieres partim maritorum, partim extraneorum blanditiis ad *interceſſiones* allicerentur, indeque non parum detrimenti in illas proficiſceretur, primus omnium AVGVSTVS, dein CLAVDIVS TIBERIVS s), ſingularibus edictis præcauerunt, ne feminarum pro maritis factæ interceſſiones eſſent validæ. Inſecutum, cum idem TIBERIVS t), vel vti aliis videtur NERO

neque lex probibitiua libidinis æſtum refrænaret, non mirum, illos frequentibus diuortiis voluptatem exſatiatum iuiſſe. Vnde et innocentiſſimis mulieribus vel ex ficulnea vel plane nulla cauſa ſæpiſſime nuntius mittebatur. PLVTARCHVS *in vita Paulli*, VALERIVS MAXIMVS III. 6. Immo, SENECA *de benef.* III. 16. auctore, usque adeo *diuortiorum* adaugebatur numerus, vt feminæ iam non conſulum ſed maritorum numero annos ſuos computarent.

o) Sic *l. 50. ad SCt. Trebell.* Hadrianum, *l. 52. D. de acquir. vel omitt. hered.* Diuum PIVM, *l. 1. C de bonis maternis* CONSTANTINVM M. auctores agnoſcunt. Confer. GERARDVS NOODT *de vſufructu n. 4. p. 6c8.*

p) AVL. GELL. *l. 17. c. 6.* BRISSON. *de verborum ſignif. ad verbum recipere.*

q) Ceſſantibus etenim impedimentis, quæ ſuperius recenſuimus, non quidem ponebatur ſed tamen poſſibilis erat interceſſionis caſus.

r) Primum etenim virginibus veſtalibus, poſtea illuſtrioribus perſonis, vti Octauiæ et Liuiæ ab AVGVSTO, teſte DIONE CASSIO *XLIX. p. 414.* Immo ex *lege papia poppaea* in præmium fœcunditatis, feminis quæ ter pepererant, denique et ſterilibus (idem CASSIVS *l. 5. p. 549.* PLINIVS *epiſt. II. 13 VII. 26. X. 95.*) priuilegium, vt a tutela perpetua exemptæ eſſent, concedebatur. Vnde indies magis magisque euaneſcebat, ita vt IVSTINIANI tempore ne vmbra quidem illius eſſet ſuperſtes.

s) Videatur EPHRAIM GERHARD *in delineat iur. ciu. l. 16. t. 1. § 3.*

t) A. V. C. 771, vid. SCHILTER. *ex. ad D. XXVIII. § 3.* CHRISTOPH. GODOFREDVS HOFFMANNVS *in hiſtor. iuris Romano-Iuſtinianei p. 184, 188.*

NERO u) Romam teneret, MARCO SILLANO et VELLEIO consulibus famosum SCTVM VELLEIANVM, quo beneficium hoc etiam ad feminas, pro *extraneis* obligationem in se recipientes, extensum.

Sententia SCti Velleiani.

§. VI. Licet vero in genuinam SCti huius indolem inquirere non sit animus, otiosa v) tamen fortassis non erit animaduersio: feminas fideiussores, non obstante hoc beneficio *ipso* et *stricto iure* x) mansisse obligatas, illisque SCto modo *beneficium* et *exceptionem* y) fuisse suppeditatam. Vnde illorum

u) LAVTERBACHIVS *in collegio theoret. practico l. 16. tit. 1. §. 2. ibid. adducti.*

v) Redolebit forsan hæc quæstio nonnullis spinosas antiquitates Romanas, quas in iuris perito practico exulare existimant. Verum vti fine his vel in *Rabulissimi* vel *Leguleiissimi* deuia prolabimur, ita quæstionem hanc ad minimum non exilem habere vsum theoreticum ex sequentibus apparebit: vt taceam, non nullos doctores, interque hos SAMVELEM STRYKIVM in tractatu, qui rubricam præfert, *interesse controuersiarum iuris ciuilis X. §. 35. p. 234. 235.* et exinde sibi promittere vsum practicum.

x) Non enim *ipso iure* erant nullæ mulierum fideiubentium obligationes, nec actiones exinde descendentes ipso iure tollebantur, *l. 7. 16. in f. l. 23. D. de SCto Vellei. l. 9. C. eod. tit.* GRIVELLIVS *decis. 132. n. 1.* LAVTERBACHIVS *cit. loco. §. 12.* Differentia vero, an quid *ipso iure nullum*, an *ope exceptionis* elidendum, in eo consistebat. In actionibus *ipso iure* nullis, ipse prætor præuia causæ cognitione decretum dabat; (iudex enim pedaneus non de *iure* sed de facto cognoscebat) actoremque a iudicio arcebat: In actionibus vero iure quidem validis sed *ope exceptionis* elidendis, (potissimum si illarum probatio non esset statim euidens et notoria) prætor, præscriptis agendi et excipiendi formulis, litigantes ad iudicem pedaneum mittebat. GERARDVS NOODT *de iurisdict. l. 6. p. 127. 8. p. 130. seqq.* Ceteras differentias cui videre volupe, adeat VLRICVM HVBERVM *in prælect. ad D. l. 16. t. 1. n. 7.*

y) Vnde in *l. 3. C. de SC. Vellei. Tuitio SCti*, in *l. 4. 6. 16. 23. auxilium*, in *l. 9. 10. 11. 13. 23. beneficium et adiutorium* audit *l. 25. D. de SCto. Velle. l. 2. 15. 16. 18. C. eod.* Confer. LAVTERBACH. *Colleg.* theor. pract. *ad D. 66. t. 1. § 14. p. 1021.*

lorum subscribere non possumus sententiae, qui SCtum nominatum pro *lege prohibitiua* z) venditare contendunt.

§. VII.

z) Non leuis sed momentosa inter ICtos conflata hodienum agitatur controuersia, *an SCtum Vellei. legibus prohibitiuis annumerandum veniat?* Ne vero more andabatarum contendamus, non abs re certe erit, in diuersos prius expressionis: *esse aliquid legis prohibitiua*, inquirere significatus, indeque formare statum controuersiae. Lex vel *permittit*, vel *praecipit*, vel *prohibet*. *Prohibitio* legis est vel *simpliciter talis*, vel *secundum quid*: simpliciter talis est, vbi aliquid ita prohibetur, vt contra illam subditus facere *non possit*, *licet velit*, quae prohibitio potissimum in delictis obtinet, & ad eiusmodi prohibitionem pertinet ICtorum effatum: *non posse legi prohibitiua renunciari*. Cum etenim voluntas subditi prohibitione legis restricta sit, non esset prohibitio, si huic subditus per renunciationem suam, id est voluntatem derogare posset. Prohibitio *secundum quid* est, quando in contractibus, nihil delicti continentibus, sub *poena nullitatis* aliquid prohibetur; tum etenim respectu illius partis, in cujus odium aliquid prohibetur, est lex prohibitiua, *ratione partis, in cuius fauorem lata*, *permissiua* permittit nempe, vt hic suo iure vtatur & pro contractus qualitate, vel actionem instituat, vel exceptionem opponat, non vero est *prohibitiua*. Contradictoria enim sunt *permittere & prohibere*. Est vt in circulum redeam, status controuersiae ita formandus. Quaeritur: *an SCtum Velleianum ita feminis prohibeat intercessione, vt licet, in casibus vbi SCtum obtinet, se valide obligare velint, tamen non possint?* Cum iis igitur, qui cum IOSEPHO AVERENIO *in interpretat. iuris l. 2. c. 5. p. 385. 386. sqq.* Antecessore Pisano, viro ad iurisprudentiae restaurationem nato, LESCHESSERIO *in tr. de SCti Velleiani renunciat.* MEVIO *ad ius lubecense l. 1. tit. 10. art. 1. n. 69.* tali in sensu SCtum pro *lege prohibitiua* habent, & renunciationi ex mente huius legis SCti non esse relictum locum autumant, mihi certandum. Quamuis vero mihi non incumbat onus probandi, siquidem *affirmantis* est probare, et prohibitio est *facti*, vnde nunquam multo minus in contractu iure naturali valido praesumitur, attamen aliquas rationes, quibus impulsi *negatiuam* amplectimur, adiicere lubet. Non esse vero L. prohibitiuam, constat potissimum inde, quia 1) per ea, quae superius tradidimus, est *beneficium* et *exceptio*; repugnat vero naturae cum *beneficiorum* tum *exceptionum* prohibitio; ex illis etenim ius pro *facultate* et *attributo personae* sumptum, prouenit: hoc consistit in *legis permissione*, permissio vero et prohibitio sibi inuicem opponuntur. 2) Inspicienda ipsius SCti verba, in quibus cum nulla prohibitio *explicita*, multo

§. VII.

Iustinianus super addidit nonnullas sanctiones.

Saluae hoc beneficio aliquot per secula Romanorum mulierum fortunae facultatesue stare credebantur, donec IVSTINIA

to minus talis, quae hic praesupponenda, neque per bonam consequentiam *implicita* appareat, gratis certe illa supponitur. 3) Leges nequidem praecipiunt, vt mulier opponat SCti exceptionem, sed his potissimum vtuntur formulis: *SCto subuenitur l. 1. C. de SC. Vell potest* se tueri *l. 3. eod.* beneficio amplissimi ordinis se tueri *potest, l. 10. eod* exceptione SCti defendi *potest, l. 11. 19. eod.*, exceptione *vti potest l. 20 Cod. eod.* 4) Si SCtum esset *lex prohibitiua*, non certe daretur solummodo ignoranti, quando etenim mulier, sciens se non teneri, fideiussionem suscepit, per *l. 30. D. eod.* conualescit fideiussio. Absonum autem prohibere aliquid *ignoranti*, ita vt *sciens* pro lubitu prohibitionem infringere queat. 5) Fert legis prohibitiuae indoles, ne quid fiat, etsi vellemus: SCtum Velleianum *permittit*, velintne mulieres intercessione datam fidem liberare nec ne? Sic enim mulier beneficii huius conscia soluens, non gaudet condictione indebiti, *l. 40. D. 19. C. eod.* et per repetitionem post biennium, solummodo propter scientiam praesumtam tum tollitur *l. 22. C. eod.* Quid quod per inferius dicenda SCti beneficio renunciare non solum feminis sit permissum, sed et in certo casu, lege praecipiente, iniunctum. Huic (6) addendum, interueniente mulieris dolo, contractui huic robur accedere. *l. 18. C. de SC. Vellei.* Cum igitur ob immixtum dolum fideiussio muliebris validitatem nanciscatur, non potest esse prohibitiua, alias etenim plus efficaciter posset calliditas in subdito volente, quam prudentia in legislatore prohibente, quare et alias, quae in fraudem legis prohibentis fiunt, pro non factis reputanda dicuntur. In contrarium Doctores, pro *affirmatiua* qui nituntur, alias inter rationes, quas forte infra liberior trutinandi copia dabitur, *l. 2. pr. et f. D. de SCt. Vellei.* in arenam proferunt, vbi ipsa VLPIANI verba prohibitionem loquuntur. Ast quis non videt VLPIANVM vocem hanc in plane *abusiuo* sumsisse significatu, quod inde quam manifestissime elucescit. In eadem *l. § vlt.* idem ICtus dicit, *non permitti*, quod idem est quam *prohiberi*, mulieri defendere maritum, patrem, filium, cum tamen ex eiusdem VLPIANI ore *in l. 1. § 11. D de postulando* compertum habeamus, mulieres quidem ad defensiones mariti, patris, filii non fuisse obligatas, *licuisse* tamen illis hanc in se suscipere spartam. Ex quo iam affatim apparet, amasse VLPIANVM, cum esset dicendum, *non tenentur*, *non obligantur*, substituere quasi aequipollentem locutionem: *prohibentur*, *non permittuntur* Maioris momenti dubium, quod mouent ex *l. 1. §. 6. C. eod.* haustum, *vbi fraus* SCto facta dicitur.

NIANVS Imperator vel legum innouandarum, *(aa)* vel sexus *(bb)* sequioris, potissimum THEODORAE, quam deperibat, studio, *l. 23*, *(cc) Auth. si qua mulier C. de* SC. VELLEI. *et Nouellam 134. c. 8.* super addendas censeret.

§. VIII.

dicitur. Fraus etenim, aiunt, fieri nequit *legi permissiuae*, sed *prohibitiuae*. Sed et hanc obiectionem firmus argumentandi destituit neruus. Sedula et accurata indagine opus, de cuius *fraude* haec lex loquatur, an de illius, apud quem mulier per delegationem fideiussit, an de dolo mulieris, fidem suam obstringentis? Si prius, argumentum non ferit hypothesin nostram: nam quaestionis cardo in hoc vertitur, an mulieri fideiussio prohibita? Intuitu *debitoris* esse prohibitiuam, indeque ab illo legi fraudem fieri posse, facillime largimur: Si posterius probabitur, iam victas dabimus manus. Verum enim vero in lege nequaquam *mulieris* intelligi fraudem, luce meridiana clarius; loquitur enim textus de casu, vbi fideiussori SCti Velleiani auxilio succurritur; nunquam vero subuenit, si mulieres callide versatae, nam deceptis non decipientibus opitulatur. *L. 2. § 3. D. de SC. Vell.*

(aa) Immane quantum laborasse Imperatorem abolendarum rogandarumque legum studio, ex *Institutionum* licet superficiaria perlectione, et iis, quae apud HOFMANNVM in *Historia Iuris Romano - Iustineanei* consignata reperiuntur, dignosces.

(bb) *Vxorius* eo nomine apud VLRICVM HVBERVM *de iure ciuit.* audit. Addatur modo citatus HOFFMANNVS in *notis ad* THOMASII *Delin. Hist. Iuris Romano - Iustin. C. 1. sub lit. n. f.* Forte et hanc THEODORAM, quam impense deflagrabat et cuius ad nutum *l. 20. C. de donat. ante nuptias, l. 23 C. de nuptiis, l. 29. et 34. C. de iure Dotium L. 1. C. de R. V. A. l. 26. C. de Donat. inter Virum et Vxorem, l. 12. C. qui potior in pign.*, GIPHANIO *in Iustiniano p. 19.* teste, in sexus imbecillioris fauorem sanciuit, et hae nouae dispositiones Autorem agnoscunt. Conf. PAGANIVS GAVDENTIVS *de Iustiniani sec. morib. p. 11 c. 32.*

(cc) Hac lege prouisum, quod, si intercessio non facta in instrumento publico, mulier iure tuta esse, et SCti exceptione non indigere debeat. Ne vero legem hanc ad illos casus, vbi mulier ex intercessione obligatur, extendas, *eadem l. 23. pr. et §. 2. C. de SCt. Vell* prohibet. STRYKIVS *in Cautelis Contract. Sect. 2. c. 6. § 12.* BACHOVIVS *ad Treutlerum vol. I. Disp. 21. th 2 lit. b.* FRANTZKIVS *in Comment. ad D. de SCto Vellei. n. 35.*

§. VIII.

Indoles et effectus Authent. si qua mul. C. de SCt. Vellei.

Iuſtinianeis his legum prouiſionibus mulieribus indultum beneficium, iam reddebatur auguſtius atque amplius, ſiquidem cum antea feminæ indiſtinctim adhuc *ſtricto iure* tenerentur, ita vt demum ad *exceptionem* ipſis daretur recurſus, nunc vxores pro maritis fideiubentes *ipſo* (dd) *iure* eſſent tutæ, licet ex interuallo interceſſionem repeterent. Caueas vero, ne neglectis antiquitatum adminiculis, illas pro legibus prohibitiuis (ee) venditare præſumas.

§. IX.

(dd) Quisnam huius differentiæ fuerit effectus, ſuperius præoccupauimus. Proueniebat ex diſtinctio apud Romanos *Prætoris* et iudicis *Pedanei* officio vid. THOMASIVS *de vſu exiguo SCti Vellei. in foris German.* § 15. Diuerſitatem vero procedendi in ſubſtrata materia hanc deprehendimus Accedebat actor, apud quem mulier pro marito fideiuſſerat, prætorem, iudicium ſibi expetiturus; Prætor iubebat edere fundamentum actionis, quo ipſi formulam agendi, reæ excipiendi dare, atque ad iudicem pedaneum mittere poſſet Edebat actor, aiens, ream interpoſuiſſe pro marito fidem et inſuper illam repetiiſſe IVRE ANTIQVO Anteiuſtinianeo prætor formulam agendi ſuppeditabat, miſſis partibus ad iudicem pedaneum, nunquam etenim prætor ipſe ſuper probatione facti cognoſcebat vid. HEINECCIVS *in antiqu. Roman ad Inſt. L. IV. T VI.* GERARD NOODT *de iurisdictione l. 8 p. 130 ſqq.* IVRE NOVO, quia factum repetitæ fideiuſſionis non erat releuans, iudex vero pedaneus ſuper *ipſo iure* cognoſcere non poterat, (citatus NOODT *l. cit.*) ipſe Prætor cognoſcebat, remouebatque actorem a iudicio ac ſi interceſſio neque ſcripta neque facta fuiſſet Quod ſi vero factum, principiumque agendi, verſionem in rem actor ederet, iam non ipſe prætor cognoſcebat, ſed data formula agendi, ad iudicis pedanei remittebat ſubſellia. Et ſic genuinum *Authenticæ* ſenſum ad ceteros caſus in illa comprehenſos applicare facillimum. Conuenit hæc interpretatio cum modo procedendi tum temporis vſitato, omnia verba prono alueo explicationem ſequuntur, immo naturalis indoles actionum ipſo iure nullarum ſibi hanc vindicat.

(ee) Communis Doctorum opinio *Authent. hanc et Nouell. 134. c. 8.* legem prohibitiuam dicit. vid. STRYKIVS *in vſ. Modern. D. L XVI. T I.* § 8. GALLERAT. *de renunciat. T. 2 centur. 1.*

Renun-

Renunciat. 63. n. 1. et sqq. BERLICHIVS *P. 2. concl. 59. n. 16.* CARPZ. *P. 2. c. 16. defin. 1.* Vela inde forsan submittere deberem: verum, cum in orbe literario non auctoritate sed argumentorum momentis vincere et vinci receptum, licebit et mihi ab illorum recedere opinione, potissimum cum praxin ipsam principiis his magis quam illorum conformem deprehendam. Conf *Vsus Mod. cit. loco* § *9.* Videamus igitur dissentientium rationes. Primam desumendam arbitrantur ex verbis *Authent. Iubemus hoc nullatenus valere debere*, inducendo hunc in modum: Quia legislator iubet, nullatenus valere debere, E. prohibet. Ad haec regero. Si statum controuersiae, quem supra formauimus, in animum reuocare digneris, facillime perspicies, in probatione hoc esse euincendum, *fideiussionem mulieri prohibitam*, et quidem ita, *ne possit, licet velit.* Apposita vero verba solummodo demonstrant, ex iussu legislatoris intercessionem debere esse *nullam*, a contractus nullitate vero ad prohibitionem simpliciter talem non valere consequentiam, ex responsione ad obiectionem secundam affatim elucescet. Secundam depromere satagunt, ex verbis: Intercessionem ita debere *esse nullam ac si nunquam scripta aut facta esset;* Huius argumenti vis, in eo consistit: Esse fideiussionem feminae pro marito *ipso iure nullam.* Maxime autem vereor, vt et hoc argumentum sit suo robore nullum. Quamuis etenim legis dispositio contractus intendat nullitatem, attamen ideo non intendit meram prohibitionem. Sic nonnullis in locis locatio et conductio aedium est iure nulla, nisi contractus in scripturam redactus sit, id est, neutra pars contrahentium adimplere contractum tenetur, si nolit; possunt tamen contrahentes si velint. Sic quando dolus causam dedit contractui b. fidei, contractus est ipso iure nullus; quis vero diceret, non posse laesum, licet velit, adimplere contractum? Et tamen de hoc itidem praedicari potest, esse ita nullum ac si nunquam factus vel scriptus esset. Tertio instant: Quia in authentica solummodo casus, vbi versio in rem probanda, excipitur, caeteri omnes prohibentur, inde indubitata consequentia exoritur, esse legem prohibitiuam. Paucissimis vero mihi et hanc rationem refellere integrum erit. Sub iudice lis est, immo falsissimum praesuppositum, quod versio in rem sit solummodo casus exceptus, si etenim consequeretur, etiam mulierem dolose pro marito intercedentem esse iure tutam. Immo si et in hanc descenderemus sententiam, constaret quidem, omnes ceteros casus esse prohibitos, nihilominus maneret adhuc quaestio altioris indaginis, an sint simpliciter prohibiti secundum formatum statum controuersiae? Cum itaque nullae plane rationes momentosae authenticam *si qua mulier* legem *prohibitiuam* asserant, firmo tam diu stat talo nostra sententia, donec prohibitio, quae facti et libertatem naturalem arcet, legitime demonstretur. Vt sileam, non parum ponderis negatiuae ex superius

Quid ius canonicum constituat circa fideiuss. mulierum.

§. IX Plura de indole *Authenticae* proferendi daretur copia, nisi dicendorum praefixus ordo me ad ius canonicum prouocaret. Huius non solum expressis canonibus constitutum, feminam pro extraneo sub iuramenti vinculo intercedentem, (ff) *conuentionem adimplere debere*, sed et, cum eo iubente, omnia iuramenta, quae salua salute aeterna seruari possunt, sint seruanda (gg), insimul mulieribus pro maritis iurato fidem obstringentibus iniunctum, vt eam liberent, licet de iure ciuili non teneantur.

Quid iura Germanica statuant.

§. X. Paterna si Germanorum prisca consideraueris iura, nullibi tale feminis fideiubentibus indultum beneficium deprehendes; partim quia olim Germani simplici sinceritate innutriti, contractus ex *simplici aequitate naturali* diiudicandos existimabant, partim quia feminae in iudicio indistinctim tutore (hh) instructae comparebant; in extraiudicialibus vero, (si aut viduae et virgines sine curatore vel etiam vxores cum curatore contrahentes laesionem passae,) restitutionis in integrum beneficio (ii) gaudebant.

§. XI.

perius sub *lit. dd. ad praef.* §. allatis accrescere, siquidem inde liquet, intendisse legislatorem, vt casus in *authentica* expressi et tacite subintellecti essent ipso iure nulli. Qui effectus cum in iure Romano nullam prohibitionem sed modo differentiam procedendi inuoluat, frustra certe Doctores authenticam ad numerum LL. prohibitiuarum referunt.

(ff) *Capit. 21. X de iureiurando.*

(gg) Vid. GONZALEZ TELLEZ *in comment. ad c. 25. et 28. X. de iureiur.*

(hh) Iam Longobardorum legibus inualuerat, ne mulier sine *mundio*, *Mundualto*, seu *Mundualio* aliquid ageret. Vid WEHNERVS *in obseruat variis pract.*, *voce* Mundbahr, Mundebürde. Schwäbisches Land-Recht *c. 300. Specul Saxonicum l. 1. art. 45.* SCHILTERVS *in exercit. 37. th. 242.* GEORGIVS BEYERVS *in specimine postumo iuris Germanici c. 27. § 1. 199.*

(ii) Inseruiunt dilucidationi vlteriori, quae more sollito quam accuratissime ex antiquitatibus germanicis eruta tradunt SCHILTERVS *exercit 11. th. 9.* GISEBERTVS *Pericul. stat. 11. n. 65. et 215.* COLER. *decis. 67. 40.* SCHROETER. *Instit. pupill. p. 2. qu. 20. 40.*

§. XI. Licet vero subsequentium seculorum ætate introductum in Germaniam ius canonicum consuetudines priscas legesue ex parte migrare iuberet, attamen per illud validitas fideiussionum muliebrium minime tollebatur, sed potius nonnullis in casibus maius robur nanciscebatur, donec demum seculo XIV. *ius iustinianeum* ex Italia in Academias Germanicas, ex his postmodum in fora germanica transiret. Ex hoc vero tempore mulieres germanicæ fideiubentes, tam dubio incertoque vtuntur iure, vt fere nulla hac in materia supersit quæstio, quæ non dubiis inuoluta immensum disputandi aperiat campum. *Quomodo hæc immutata sint?*

CAPVT II.

DE EFFICACI MVLIERVM INTERCESSIONE PRO EXTRANEIS.

ARGVMENTVM.

§. I. II. Efficax est mulierum intercessio, cessante SCti Velleiani ratione, III. ob dolum mulieris: IV. ob statum feminæ: illustris: V. ob cessans mulieris detrimentum VI. si ignorante creditore occulte interposita: VII. si tantum apparens est: VIII. intuitu crediti priuilegiati. IX. Si post biennium repetita: X. Vbi SCtum Velleianum non receptum: XI. in muliere mercatrice, XII. vel cambiante XIII. si iureiurando firmata. XIV. Præter iusiurandum ad renunciationem SCti nulla sollennitas desideratur. XV. An simplex renunciatio efficacem reddat mulierum inter-

intercessionem? XVI. XVII. Argumenta negantium excutiuntur. XVIII. Valor renunciationis euincitur. XIX. Renunciatio requirit certiorationem. XX. Ius Saxonicum in hac doctrina. XXI. Ius Silesiacum.

§. I.

Intercessionis pro extraneo, fundamenta vera.

Positis, quae capit. praecedenti iacta sunt fundamentis, iam ad ipsam fideiussionem muliebrem me conuerto. Quae cum ex vnanimi ICtorum mente principaliter in intercessionem pro extraneo, et alteram pro marito susceptam distingui soleat, hoc capite de priori pro extraneo inita agendum, eam quae pro marito interponitur, cap. sequenti expositurus. Erit autem sermo de efficaci (a) mulierum (b) intercessione, quae ex variis causis deduci potest.

Efficax est intercessio ob cessantem rationem.

§. II. Cum ex praecedenti capite satis liquido constet, efficaces esse cum naturali tum prisco Germanorum iure mulierum intercessiones, SCtum Velleianum vicissim esse iuris peregrini foetum, iam prono consecutionis filo concludere licet, quod in dubio tamdiu pro efficacia fideiussionis muliebris praesumtio militet, donec SCti Romani receptio, quae facti, evidenter appareat. In locis igitur, vbi iuris Romani hac in materia dispositio, vel per vsum, vel per expres-

(a) Equidem in *l. 9. C. ad SCt. Vellei.* GORDIANVS ait, *quod SCtum de intercessionibus efficacem non esse sinat obligationem* mulierum, id tamen regulam tantum concernit, cuius plures dari exceptiones, nemo certe in dubium vocabit. Efficax igitur erit *intercessio* iuxta *cit. l.* quae exceptionem SCti Velleiani non admittit, sed actionem aduersus mulierum intercessionem *cum effectu* producit.

(b) Quae modo alias contrahere, et se efficaciter obligare possunt, id quod supponimus. Si enim aliunde obligatio illarum impediatur, id non fit ex ratione *intercessionis*, de qua tamen hic agendi locus, sed ex communi iuris obstaculo.

expreſſam receptionem invaluit, nihilominus ex ratione *iuris romani civilis* efficax eſt mulierum interceſſio, ſi ratio SCti velleiani *in totum* (*c*) ceſſat, quae fuit, ne mulieres *ex infirmitate ſexus* deciperentur, iacturamque paterentur, (*d*) qua ceſſante, merito quoque diſpoſitio SCti ceſſare debet. (*e*)

§. III. Hac de cauſa efficax eſt interceſſio feminarum, ſi calliditate et dolo in ſubſidium vocatis, creditorem minus cautum deceperint (*f*), nam deceptis non decipientibus opitulatur

Veluti ſi callide egerint.

(*c*) Dico *in totum* & *univerſaliter.* Poteſt quidem quandoque accidere, vt ratio legis in certis perſonis ceſſare videatur, quae tamen vim ſuam non amittit. in generali diſpoſitione iuris. Sunt mulieres pleraeque infirmioris iudicii, de quibus regulam leges conſtituunt, licet quaedam dentur, quae vel ipſos maſculos iudicii acrimonia antecellunt, quibus tamen minime denegandum SCti auxilium, quia non *univerſaliter* ratio eius ceſſat, quoad omnes mulieres. Si vero in totum ceſſat, aliud dicendum. *argum. l. 6. §. 2. de iur. patron.*

(*d*) Duo maxime in legibus ratione SCti occurrunt momenta, vnde omnis interpretatio capienda. (1.) ſexus imbecillitas *l. 2. §. 2. de SCto velleii.* vel infirmitas *l. 2. §. 3 eod, l. 5 6. eodem*, qua facile mulier ſe obligat, *l. 4. eod.* (2) Periculum rei familiaris, quo fieri poteſt pauperior *l. 21. pr. eod.* vid. BRVNNEMANNVS *in comment. ad leges allegatas.*

(*e*) Interpretationis reſtrictiuae ratio id poſcit iubetque; quamuis enim verba SCti velleiani *generaliſſime* & *indefinite* concepta videantur, hanc tamen non excludunt interpretationem, quam ipſi ICti, optimi huius interpretes, agnouerunt.

(*f*) Nihil tam ſalutare eſt, quod non poſſit trahi in abuſum, qua de cauſa etiam minoribus haud ſuccurritur, ſi alios decipere auſi fuerint. *l. 1. C ſi minor maiorem ſe dixerit.* Experientia ſtante magiſtra edocti ſcimus, ſaepiſſime feminas in technas detrimentaque aliorum, benigno hoc iuris beneficio abuti, vnde HAHNIVS *ad Weſenbecium ad SCtum Vellei. n 9. in f.* hoc notatu digniſſimum Epiphonema addidit: *Videant mulieres, ne in cauſa ſint, vt propter abuſum Priuilegii, aliquando generali conſtitutione iure ſuo priuentur* conf. BRVNNEMANN. *in comment. ad l. 1. C.*

tulatur hoc SCtum, *l. 2. §. 3. ad SCtum vellei.* et quae in fraudem eius excogitantur, rata haberi non oportet *l. 29. in f. eodem.*

Vel etiam si feminae sint illustres regalia exercentes.

§. IV. Praeterea efficaciter pro alio femina fidem suam obstringit, quae praesidium infirmitatis pro se allegare nequit, quales merito censendae veniunt feminae illustres, regalibus & sanctiori instructae consilio, (*g*) quibus SCti velleiani dispositio & hoc nomine minus applicari potest, cum contra regulam *l. 2. §. 2. ad SCtum vellei.* positam, virilibus officiis defungantur.

§. V.

C. de SCto velleiano. FRANZKIVS *comment. D ad SCt. vellei. n 23.* Huc pertinet, si mulier in iure interrogata, responderit animo decipiendi, se heredem esse, cum tamen non sit: tum etenim in *l. 26. C. de SCto vellei.* intercessisse dicitur, non vtitur tamen auxilio SCti velleiani. Et hoc in sensu intelligenda verba *l. 23. D. eodem*, vbi dicitur *eam minime intercessisse videri.* Similis ratio est, si decipiendi animo, vel eum sciret se non teneri, intercessit, *l. 2. §. 3. l. 23. l. 30. pr. D. l. 5 l. 18. C. eod.* HERING. *de fideiuss. c. 7 n 423.* Card. de LVGO *de I. & I. disput. 32 sect. 2. §. 1, num 18 vers. 7.* vel si solum patientiam praestitit, vt quasi res suas maritus obligaret, *l. 5. l. 18 C. eod.* multo magis igitur eidem haud succurrendum, si sexum mentita fideiussit. Cum vero dolus non semper mathematice demonstrari queat, qui saepe sese intra animum abscondit, ideo deceptis iura contra muliebrem calliditatem remedium suppeditant, vt nempe fideiubenti mulieri deferre liceat iuramentum: *an non sciuerit, se ex fideiussione non obligari & ita spe futurae liberationis intercesserit?* Illa enim, quae in animo delitescunt, per iuramentum explorari debere communis Doctorum est sententia. CARPZOVIUS *P. 1. c 12. def. 6. in f. & in Prax. crim. qu. 56. n. 67.*

(*g*) Huc pertinent Abbatissae imperii immediatae et aliae imperii principes, quae tutelam liberorum cum ipso regimine gerunt. Non leuibus argumentorum ponderibus hanc sententiam assertum iuit HERING. *de fideiuss. c 7. n. 517. sqq.* STRVV. *exercit. 21 th 14 in f* facultatemque Ienensem ita respondisse ait. Non desunt tamen, quod ingenue confiteor, nonnulla dubia, quibus haec nostra premitur sententia. Primum argumentum

§. V. Facit quoque ratio adducta, vt efficax sit intercessio, qua nullum periculum rei familiaris ipsi imminet, nec vllam facit iacturam, cum ob hanc vnice leges efficaciam intercessioni subtraxerint. Hoc maxime tunc contigit, si in rem suam intercedit, (b) vel alias nullum inde damnum sentit, *Si nullum sentiunt damnum*

tum opinionis contrariae petitur ex praxi imperii, secundum quam matres illustres tutrices principum imperii, confirmationem a Caesare petentes, SCto velleiano renunciare aeque ac aliae matres iubentur, cuius rei exempla plurima adfert STRYKIVS *de tutela mat. princip. imperii.* Verum enim vero ad hanc refellendam obiectionem dixisse sufficiet, minime hanc iniunctam renunciationem necessariam consequentiam inuoluere, quod hoc beneficio, ob praesumptum mulieris consilii defectum feminis aliis concesso, illustres gaudeant. Multa etenim fiunt in maiorem securitatem, ad euitanda litium retia, quae alias non forent necessaria; sunt etenim nonnulli, ex quorum sententia etiam illustres personae ad hoc priuilegium admittendae, vnde dubitationis tollendae gratia renunciatio haec fieri solet, quae tamen magis fit *hypothetice*, hoc sensu, vt si forte hoc munita sit iuris praesidio, ea vti nolit. Alterum argumentum petitur ex *l. 1. D. de SCt. vellei*, quod generatim & distinctim feminarum intercessio inefficax declarata sit, ideoque lege non distinguente, nec nostrum sit distinguere; Verum enim vero hoc dissentientium praesidium facile interpretatio restrictiua elidit, ratione SCti huius ex integro in huiusmodi feminis virilia negotia agentibus cessante, praesertim cum nequidem ius Romanum tales nouerit, adeoque dici nullo modo possit, illud de his etiam disposuisse. Quin potius planius manifestumque est, illud tantum loqui & disponere de iis, quae ex statu illius temporis officiis publicis & virilibus haud praeponebantur. Vnde plura alia iis applicantur, quae iure Romano illis denegata manifestime constat. Ita si in illas quis compromisit, arbitrium suscipere valent, *c. 4. X. de arbitr.* conf. *L. B.* de LYNKER. *in analectis* ad STRVV. *cit. loc.* LVDOLPHVS *in tractat. de iure feminarum illustr. sect. II. § 3. lit. a.*

(b) Optime id obseruat CALLISTRATVS *in l. 21. ad SCt. Vellei. &, si pro aliquo*, ait, *mulier intercessit, sed in rem eius, quod acceptum est, verteretur, exceptio SCti locum non habet, quia non fit pauperior*, vid HERINGVS *l. cit. n. 414. & sqq.* HAHNIVS ad Wesenbecium *tit. de SCt. Vellei. n. 6.* vnde tamen omnis ratio damni aestimanda est. Sic olim procuratores fiebant *domini litis*, adeoque periculum iudicati subibant, hac de causa

tit, (*i*) ſed potius aliquod commodum aucupari ſtudet. (*k*)

§. VI.

cauſa iudicatum ſolui ſatisdationem præſtare tenebantur, quam vtplurimum ipſi principales præſtabant, & ita fideiuſſores ſuorum procuratorum efficiebantur, vt dicitur in § 4. I. *de ſatisdat.* Quod ſi ergo mulier procuratorem dederit, & pro eo cautionem hanc interpoſuerit, efficaciter obſtringitur, cum in rem ſuam intercedat. Idem dicendum, ſi mulier mandet alicui, vt procuratori ſuo pecuniam mutuam, ipſius periculo, det, pariter ſi aliquem defendat in iudicio, reuera aliquam intercesſionem ſubire liquet, *ſuſcipit etenim in ſe alienam obligationem*, vti dicitur *in l. 2. D. ad SCt. Vell.* aſt ſi eum defendat, qui damnatus regreſſum ad eam habeat, efficax erit hæc intercesſio. *l. 3. D. eod. l. 13. pr. l. 25. in f. l. 27 § 3 D. eod.*

(*i*) Poteſt quoque aliis ex cauſis intercesſio mulieri eſſe *vtilis*, vt magis *lucrum*, quam *damnum* inde ſentiat Quid enim ſi mulier & Titius frater, cum in rem communem mutuarentur, eiusdem pecuniae rei facti ſunt? Reuera in *correali obligatione* id agitur, vt pro rata ſociis intercesſio fiat. Interim ſi ob eam cauſam mutuo acceperint, ex qua, ſi creditor pecuniam non dediſſet, maius damnum mulier paſſa fuiſſet, *ſimpliciter* merito & *in ſolidum* tenetur. *l. 17. §. 2 ad SCt. Vell.* Quod ſi debitor tam liberalis promptusque in ſoluendo fuerit, vt pecuniam mulieri dederit, creditori ſoluendam, rurſus efficaciter ex ſua promisſione conveniri poteſt; *l. 22. D. eod. neque enim illa periclitatur, ne eam pecuniam perdat, cum iam eam habeat*, vt dicitur *in l. 16 pr. eod.* imo ipſa hoc caſu de lucro agit *l. 21. eodem.* Denique ſi debitrix mulier a creditore delegata eſt, efficaciter obligatur, cum nullum detrimentum patiatur, modo revera debitrix ſit. *l. 24. pr. eod. l. 2. C. eod.*

(*k*) Pertinet huc caſus dubitationi veterum ſubiectus, deciſus a IVSTINIANO *in l. 23. pr. C. ad SCt. Vellei.* ſi aliquid *præmii loco* accipit, vt ſe ſe interponat, idque probari queat, vbi tam de *ratione probandi* quam *qualitate præmii* inquirendum. Quoad illam diſtinguit imperator, vtrum in inſtrumento publico facta intercesſio, in quo confeſſa ſit femina, ſe pro intercesſione aliquid accepiſſe, vel etiam in inſtrumento a tribus teſtibus conſignato, quod vim publici inſtrumenti habet, cui ſimpliciter ſtandum eſt; an vero facta ſit *ſine ſcripto* vel in inſtrumento priuato; tum aliunde probatio deſumenda eſt. Quod *qualitatem præmii* concernit, illam equidem imperator non determinat, ſed vel *res* vel *pecunias* hac de cauſa datas adducit, adeoque non deſunt, qui mulieris efficacem intercesſionem aſſerunt, quantumcunque pretium acceperit.

§. VI. Desiderat vero amplissimus ordo, vt creditor intercessionis non ignarus sit, cui duntaxat imputari potest, quod intercessionem feminæ temere admiserit. Ergo noua inde exsurgit causa, vt efficax sit illa intercessio, quam mulier, creditore ignorante, (*l*) interponere ausa. *Valet intercessio qua creditore ignorante, inita.*

§. VII.

acceperit, ex ratione, quod lex generaliter loquatur, nec certam aliquam quantitatem requirat. HILLIGER *ad Donellum c. 32 n. 12.* Nullius ponderis vt plurimum tale argumentum esse prorsus arbitror, quo verbis legum inhæremus, sed vim & potestatem eorum amittimus, quæ tamen vt legum anima erat præferanda; *l 17 D. de LL.* Ceterum nec illi audiendi, qui cum CYNO *ad rubr. C. h tit.* æquale pretium, cum summa, qua fideiussit, desiderant. Stultum & omni rationis vsu priuatum eum crederem, qui tali pretio mulieris intercessionem emeret. Qui etenim mutuam rogat pecuniam & fideiussores quærit, eius inopia laborat, vt tantum pretium mulieri dare non possit. Si tot copiæ ipsi suppetunt, mutuum non rogat, nec intercessores quærit, sed ex horum pretio suis consulit necessitatibus. Illis igitur meliori animo residet sententia, qui alicuius pretii præmium, quod sperni non possit, desiderant, adeoque discreti iudicis arbitrio rem committunt HERING. *de fideiuss c. 7. n. 435.* BRVNNEMAN. *in comment. ad cit. l. 23 h. n. 2.* ZANGER. *de except. P. III. c. 11. n. 145* MENOCH. *de arbitr. ind. quæst. c. 234* DVAREN. *ad SCt. Vellei. c. 2.* HOTOM. *ad dictam l. 23. C. h. tit.*

(*l*) Non tantum aliorum suscipit mulier obligationem fideiubendo, suo periculo mandando, vel res suas pro alio oppignorando, aliisque modis (quos accuratissime traditos videre licet apud ANTONIVM MATTHEI *in disp. 33. de SCto Vellei.*) iisque *apertis*, ita vt creditor omnino sciat, eam intercedere, sed etiam modis *tectis*, qui non *apertam* sed *palliatam* intercessionem continent. Sic enim possunt mulieres *principaliter* mutuum contrahere, vt creditor illarum fidem sequatur, cum tamen debitrix mutuo acceptum non in suam vtilitatem vertat, sed alteri mutuo acceptam summam in continenti tradat. Hoc si ignorante creditore factum, efficacissima certe mulieris efficitur obligatio, vt reuera palliata subsit ipso opere intercessio, *l. 4. pr. D. ad SCt. Vellei alioquin*, ait satis optime ICtus *in l. 2. eod nemo cum feminis contraheret, quia ignorari potest, quid actura sint* Conf *l. 17 pr. l. 19 § f. l. 27 pr. l. 32 §. 3 D. l. 6. pr. C. eod.* Bona fide enim personam mulieris secutus decipi non debet. *l. 27. D. de SCto Vellei.*

Efficaciter obligatur, si intercessio modo apparens.

§. VII. Cum autem SCtum *veram* intercessionem mulieris exigat, non *imaginariam*, merito quoque ex hac caussa efficaciter obligetur mulier, si nempe, ponderatis omnibus caussae circumstantiis, appareat, eam non intercessisse, (*m*) licet externo rerum colore intercessisse visa fuerit. Tunc vero tantum subest intercessio vera & *non apparens*, quoties alienam in se suscepit obligationem. *l. 15. pr. D. ad SCt. Vellei.*

Vel creditum est priuilegiatum.

§. VIII. Nonnunquam etiam debitum ita est priuilegiatum, vt inde intercessioni firmissimum efficaciae accedat robur, vtpote si mulier fideiusserit pro libertate (*n*), vel pro dote

(*m*) Omnis actus iure meritoque aestimandus ex intentione agentium, adeoque si mulier ea mente non fuerit, vt pro alio intercedat, obligatur certe efficaciter, *l. 19. §. 2. ad SCt. Vellei.* qua de caussa omnes negotii circumstantiae ad trutinam reuocandae, ne quis in applicatione ad devia prolabatur. Sic quando mulier alicui indemnitatem promittit, potest nonnunquam intercedere, nonnunquam vero alienam haud suscipere obligationem. Si *indemnitatem* promittit, intuitu alicuius debiti alterius, omnino intercedere dicenda; si ob caussam aliam, secus iudicandum, licet *per consequentiam*, quaedam inde intercessio deriuari queat. Exemplo maxime ad rem quadrante id illustrat AFRICANVS in *l. 19 pr. ad SCt Vellei.* de tutoris herede, qui de adeunda hereditate dubia mente fluctuabat, siquidem male gesta tutela dicebatur, facultatesque defuncti maxime erant suspectae. Persuadebat vero mater heredi, vt suo periculo hereditatem adiret, se heredem indemnem eo nomine praestituram esse simul pollicens. Quo in casu si hereditas minus idonea, heresque matrem conueniat, indemnitatem ei praestare tenetur; quamuis etenim *per indirectum* obligationes hereditarias suscepisse videatur, & ita intercessisse, id tamen *primario* non regit, sed tantum de eo, vt tutoris defuncti hereditas adiretur, sollicita fuit. Alii similes casus traduntur in *cit. L. 19. § 1. 2. 3. & 4.* Confer. MEVIVS *P. 4. decis. 248.* Nullatenus vero ad intercessionis argumentum casus illi trahendi, quando mulier aliquid donat, vel remittit, vel absque praevia intercessione simpliciter soluit, in quibus penitus nulla intercessionis imago deprehenditur.

(*n*) Libertatis fauore antiquos legumlatores multa contra regulas communes

dote (*o*), imo & creditoris perſona tam ſpeciali priuilegio inſtructa eſſe poterit, vt fruſtra fideiubens mulier SCti Velleiani

munes ſtatuiſſe, ait imperator *in* §. 4. *I. de donat* Quid ergo ſi pro certo pretio dominus ſeruum manumiſerit, & pro hoc fideiuſſionem mulier in ſe ſuſceperit, an efficax inde progignitur obligatio? Antiquos ICtos de eo dubitaſſe, ait imperator in *l. 24. C de SCt. Velleiano.* Quamuis enim hæc exceptio in SCt. hoc non reperiatur, manifeſtum tamen eſt, pleroſque ICtos Stoicæ ſectæ fuiſſe addictiſſimos, indeque legum interpretationes petiiſſe. Iam vero Stoici libertatis erant ſtudioſiſſimi, & omnes homines natura eſſe liberos allegabant, indeque etiam imperator MARCVS in §. 1. *l de eo cui libert. cauſa bona addic.* reſcriptum ſuum efformauit, quem Stoicis principiis fuiſſe innutritum obſeruat EDMVNDVS MERILLIVS *lib. 2. obſeru. 15.* Et hac ex cauſa plures ICti in hanc deſcendebant ſententiam, efficacem eſſe in tali caſu intereeſſionem: alii contrariam propugnabant opinionem nec caſum in SCto minime exceptum admittendum eſſe ſtatuebant. IVSTINIANVS tandem *in cit l. 24.* hanc litem veterum dirimens intercessioni huic validitatem conciliare exiſtimauit, *ſatis enim ait, acerbum eſt, & pietatis rationi contrarium, dominum ſerui, qui credidit mulieri ſiue ſole ſiue poſt ſerui promiſſionem & libertatem ſeruo imponere & ſuum famulum perdere, & ea minime accipere, quibus fretus ad eiusmodi venit libertatem.* Ita quidem philoſophabatur imperator; at ſpuria hæc certe ratio, genuina viciſſim ex antea dictis facile formari poteſt.

(*o*) Favor dotis in iure eſt inſignis, adeoque non mirandum, etiam intercessionem mulieris pro ea efficacem eſſe, *l. 41. pr. de iure dotium l. 12. l. f. C ad SCt. Vellei.* Prouocat ad hanc rationem ipſe imperator in *cit. l. vlt.* aitque, *cum ſcimus fauore dotium & antiquos iurium conditores ſeveritatem legis ſæpe mollire, merito & nos venimus ad huiusmodi ſanctionem.* Hæc ratio oſtendit, intercessionem mulieris eſſe efficacem pro dote promiſſa, ſi matrimonium vel maxime iam contractum ſit, vt maritus vxorem ſine dote ab initio duxerit. Obiicit quidem ANTON. FABER *in C. lib. 4. ad tit. de SCt. Vellei.* hac in cauſa dotem non præbuiſſe matrimonio contrahendo cauſam, cuius fauor vnice æſtimari debeat ex fauore matrimoniorum contrahendorum *l. 19. de rit. nupt. l. 1. D. ſol. matrimon.* Verum enim vero IVSTINIANI intentionem minime fuiſſe ſanctionem ſuam reſtringendi ad dotem ante matrimonium contractum conſtitutam, ipſiſſima textus verba affatim oſtendunt, quibus præcauere voluit, *mulieres fieri indotatas, & ſic a viro forſan repelli & diſtrahi matrimonium*, quæ ratio applicari etiam poteſt ad eum caſum, ſi, iam contracto matrimonio, dos promittatur, ſiue a matre, ſiue ab alio

ni imploret ſubſidium. Sic enim, ſi apud minorem (p) fidejuſſerit, huic contra SCtum Vellei. per reſtitutionem in integrum ſuccurritur.

Interceſſio poſt biennium iterata valet.

§. IX. Denique SCtum tantum pertinet ad interceſſionem *ſimplicem*: geminatio plus roboris actui conciliat, (q) & hac de cauſa quoque interceſſio poſt biennium repetita (r) pro extraneo efficax redditur, æque ac ſi principaliter contraxiſſet. *l. 23. C. eod.*

§. X.

alio, qui ad hoc ab initio minime obligatus fuit. BACHOVIUS ad *Treutlerum diſſ. 25. th. 16.* Quid ſi mulier pro donatione propter nuptias interceſſit, an efficax eſt obligatio? Id omnino aſſerendum iudico, quia paria cum dote iura habet & hac de cauſa *antipherna* dicitur. ROMAN. *de SCto Vellei. t. 38.*

(p) Modo debitor non ſoluendo fuerit, alioquin minor nullam inde læſionem patitur, ſiquidem debitum a principali debitore obtinere poteſt, & ſic ceſſante læſione fruſtra implorat reſtitutionis in integrum auxilium, *l. 12. de minor.*

(q) De effectibus geminationis plenius agit BARBOSA *in theſ. pract. voce geminatio.*

(r) *Videtur enim*, ait IMPERATOR *in cit. l. 22. ex huiusmodi temporis prolixitate, non pro aliena obligatione ſe illigare ſed pro ſua cauſa aliquid agere.* Addatur *nov. 62. c. 1. §. etſi conſentiat, nov. 134. cap. 8.* Ante omnia tamen requiritur 1) vt mulier ſit maiorennis, ſiquidem alias contra quoscunque contractus in integrum reſtituitur; 2) vt interceſſio repetatur poſt biennium; ſi enim in ea biennium poſt priorem cautionem numerandum interceſſit, nihil ſibi præiudicat, ſed ex *conſequentia ſua fragilitatis in ſecundam incidiſſe videtur*: 3.) vt pro extraneo interceſſionem repetat *per auth. ſi qua mulier C. eodem.* 4) vt prima interceſſio aliunde nullo vitio laboret. Cum itaque hæc interceſſio demum efficaciam ſuam ex ſecunda interceſſione recipiat, illa non retrotrahitur ad tempus primæ interceſſionis, ſed vires demum ex tempore ſecundae capit, id quod potiſſimum quoad *vſuras* obſeruandum eſt. MENOCH. *3 praſumt. 21. n. 3.* HERING. *de fideiuſſ. c. 7. n. 431. in f.* Denique IDEM *cit. l. n. 430. recte* obſeruat, nequidem certiorationem beneficii hoc caſu deſiderari, cum efficacia interceſſionis hoc caſu non ſit petenda *ex renunciatione tacita*, quam aliqui fingunt; ſed ex virtute *geminationis*

§. X. Hæ rationes cessantis beneficii iis in locis, ubi de receptione illius manifestissime liquet, ex communi ICtorum assensu attenduntur. Vti vero, quemadmodum superius inculcatum, in dubio pro *retentione morum legumque priscarum germanicarum* præsumendum, ita quoque hinc inde insignia satis non recepti SCti velleiani (*s*) occurrunt exempla.

Cessat in locis vbi SCt. non receptum aut abrogatum.

§. XI. Nec vltimo loco nominanda erit cessantis SCti caussa, si mulieres mercaturam exerceant. Cuius ex fauore multis in Germaniæ ciuitatibus, commerciorum studio illustribus, specialia hac de re (*t*) statuta reperiuntur.

In mulieribus mercatricibus.

§. XII.

nationis, cui lex singularem hoc casu efficaciam simpliciter imposuit ob scientiam præsumptam.

(*s*) Ita in reformat. statuti Norimberg. de *Ao. 1564. p. 1. tit. 19. art. 5. p. 112* expressis verbis cautum, quod licet feminæ in iure cæsareo respectu fideiussionis priuilegio singulari gaudeant, nihilominus ex ratione promouendæ salutis et fidei publicæ, viduæ & virgines, quæ decimo octauo anno exacto, sub nulla curatela degunt, si bona propria habeant, vti & mulieres matrimonii nexu ligatæ cum consensu mariti intercedentes, pariter ac masculi firmissime ex fideiussione obligantur. confer. STRYKIVS *in vsu moderno D. l. 16. t. 1. §. 2.* vbi itidem apud Nordhusanos abrogati SCt. Velleiani exemplum §. 3. deprehenditur.

(*t*) Aliæ certe olim fuere status Romani quam nostri Germanici hodierni rationes. Siquidem illi fonticis ex caussis, quas apud AVERANIVM *in interpret. iuris l. 2. c. 13. n. 9. 10.* traditas adinuenimus, potius commercia legibus coercere, quam auspicatos illorum progressus promouere e re sua ducebant, vnde & non mirum, nihil ab illis in fauorem commerciorum circa fideiussiones mulierum fuisse dispositum. Germani vicissim, ex quo cultiores redditi, simul cum literis armisque commerciorum studia coniungere amant, vnde & ciuitates negotiationibus florentes, in rebus sic dictis mercantilibus subtilitates iuris Romani seponendo, æquitatem simplicem iudicem esse iubent, in id potissimum incumbendo, vt securitas & vtilitas commerciorum per exactissimam datæ fidei liberationem suffulciatur. Qua ex ratione & SCtum Velleianum ex multarum ciuitatum statutis in feminis cum separatam tum com-

In feminis cambiantibus.

§. XII. Eodem ex commerciorum fauore & iuris cambialis rigor, ad feminas mercatrices in negotiatione (*u*) cambiantes extenditur, neque se contra illum SCti-Velleiani præsidio vllo

communem cum maritis negotiationem exercentibus cessat. Vid. MARQVARDVS *de iure mercatura l. 12. n. 21.* CHRISTIN. *tit 9. art. 10.* GAIL. *2. obseru. 90. num. 3.* STRVVIVS *exercit. 21. th. 12.* HERING. *de fideiuss. c. 7. n. 408* IOH. REBHAN. *in disput. de uxore mercatrice th. 12. sqq.* Quid statuta Vratislauiensia in fauorem negotiationum ratione mulierum dispofuerint, exponit responsisque Scabinatus Wratislaviensis illustrat THOMAS SCHROEERVS *in instit. tutorum & curat. p. 2. qu. 20. n 100. sqq.* De iure Lubecensi consulatur MEVIVS *ad ius Lubecense l. 1. tit. 10. art. 2. n. 77.* Idem ius Hamburgi ex *statutip. 2. tit. 6. art 2.* obtinet. Immo plurimis in locis feminarum in mercatura fideiubentium vsque adeo firmum obligationis vinculum, vt nec opus sit certioratione. BERGER *ad Lauterbachium l 19 t. 2. p. 436* RIVINVS *de except c 8. n. 5.* MENKEN *ad Process. 1. §. 18.* vbi præiudicium supremæ curiæ prouinc. Lips. d 9. maii 1698 quo reiecta mercatricis appellatio, adducitur. Dispositiones hæ tamen restringuntur ad actus mercaturæ, quatenus mulier vt mercatrix intercedit. vid. MEVIVS *ad ius Lubec. l. 1. tit. 10. artic. 1. n. 78.* In negotio enim extraordinario etiam iure communi & beneficio SCti Vellei. mulierem mercatricem gaudere Dd. testantur. STRYKIVS *in vsu moderno D. ad SCt. Vellei §. 1.* LVDOVICI *differt. de muliere cambiante §. 2.*

(*u*) Varias immutationes in iure cambiali Saxonico, quomodo mox rigor cambialis solum ad feminas *mercatrices*, mox ad vtrumque casum, siue mulieres cambiantes sint mercatrices, siue non, dein iterum ad feminas negotiationem tractantes, & denique ad illas, quæ separatam mercaturam exercent, per diuersa rescripta modo extensus modo restrictus fuerit, luculentissime docet LVDOVICI *in allegat. differt: §. 9, 10, 11, 12, 13, 14, & 15.* In hoc vero fere omnes ordinationes cambiales conspirant, quod mulier mercatrix in cambio SCti vellei. exceptionem opponere non queat. vid. *Ordinat. camb. Lips. §. 2.*, Rescriptum nundinale Naumburgense apud KOENIGIVM *ad Ordinat. camb. Lips. Ordinatio cambialis Pruss. art. 33 Brandenburg. art. 25. Magdeburgica art. 38.* Consentit *Vratislaviensis*, in qua *art. 2.* prouisum: So sichs nun begäbe, das Wittfrauen oder andre Weibs-Personen vor sich oder ihren Mann absonderliche Handlung führten, und in ihrem eigenen Namen einen Wechsel-Brieff von sich ausgäben, ob es gleich ohne autorität und Einwilligung ihres ehelichen oder andern Curatoris, auch ohne vorhergehende Erinnerung ih-

rer

vllo (*v*) modo tueri poſſunt, licet nec renunciatio nec certioratio (*x*) iuris huius præceſſerit.

§. XIII. Efficacem porro mulierum interceſſiones obligationem ex iuramento ſortiuntur. Licet enim forte ius iurandum non augeat hanc obligationem ex iuris ciuilis principiis; (*y*) quo minus tamen feminæ fidem, Deo veritatis teſte & perfidiæ vindice inuocato, pro aliis interpoſitam fallere liceat, ius ca-

Valida eſt interceſſio iurata.

rer Weiblichen Privilegien und Rechts-Wohlthaten geſchehen, ſo ſollen Sie dennoch ſelbſten zu zahlen ſchuldig und verbunden ſeyn, auch Sie das SCtum Velleianum, ob Sie gleich deſſen nicht zuvor erinnert, nach ſolchem Rechte von ihnen renunciiret worden, keinesweges ſchützen.

(*v*) Modo cambium concernat negotiationem, CARPZOV. *p. 2 C. E. 15. d. 16. n. 3.* KOENIG. *ad ordinat. Camb. Lipſ.* §. *2. n. 3.* LVDOVICI Wechſel*Proceſs. p. 8.* id quod tamen in dubio præſumitur HARTM. PISTORIVS *l. 1. qu. 14. n. 16.* MARQVARD. *de iure ſingulari mercatura l. 1. tit. 12. n. 25.* vbi plures allegati deprehenduntur. Addatur CARPZOVIVS *p. 1. c. 15 d. 16.* vnde cum præſumptio contra mulierem mercatricem cambiantem militet, hæc probationem in contrarium in ſe ſuſcipere tenetur.

(*x*) Communiter DD. hanc rationem proferunt; quod feminæ mercatrices vti diligentes ſunt in emendis vendendisque mercibus; Ita etiam diligentes & curioſæ eſſe debeant, vt iura ſpecialiter ipſis indulta cognoſcant. Quod ſi non faciunt, negligentiam ſuam ſibi ipſis imputare debent, ſin vero de beneficiis indultis iis conſtat, certioratione amplius non eſt opus. Vid. LVDOVICI *in ſæpius allegata diſput.* § *17.*

(*y*) FRANCISC. CONNAN. *commentar. iur. ciuil. lib. 6. cap. 8.* §. *9.* BERLICH. *concluſ. practicab. part. 2. concl. 9. num. 25.* SCHILTER. *ad Pand. exerc. 18. th. 31.* In veteri Roma enim iusiurandum non producebat novam obligationem, ſed tantum arctiori vinculo conſcientiæ iniecto, confirmabat veterem, adeoque ſimpliciter ſequebatur naturam actus, cui accedebat, nec maiorem, quam nuda pacta vim atque effectum habebat. Add. *l. vlt. C. de non num. pecun. l. 31. §. 1. D. d. iureiur. l. 7. § 16. D. d. pact. l. 21. § 4 D. d. ſolut. l. 112. §. 5. D. de legatis. 1. l. 5. C. d. legib. Nov. 51. pr.* CORNEL. Van ECK *princip. iur. ciuil. lib. 12. tit. 2. poſ. 7. 8.*

canonicum prohibet (z). Id vero hoc casu (*aa*) in foris Germaniæ omnino obtinet etiam ex eorum hypothesi, qui ipsi generalem præ legibus Iustinianeis receptionem immerito (*bb*) denegant. Saltem enim præualet in causis iuramentorum (*cc*). Quod in hac quæstione omnium æquissimum est, cum nec ab analogia iuris ciuilis nouioris (*dd*) recedat, & optime consulat

(z) HIERON. TREVTLER. *select. disputat. vol. 1. disp. 23. th. 5. not. b.* ANTON. TESSAVR. *Decis. Pedemont. 222. n. 9. seq.* ANDR. RAVCHBAR. *part. I. quæst. 34. num. 5.* Add. SETSER. *de iuram. lib. 11. cap. 12. n. 2. 3.* Nam non solum INNOCENTIVS III. *in cap. cum contingat. 28. de iureiur.* disposuit, ne mulier consensui iurato super actu mariti inualido contraueniret, addita ratione, *quod huiusmodi iuramenta in alterius praeiudicium non redundent, nec obseruata vergant in dispendium salutis aeternæ; sed* & ALEXANDER III. c. 9. X. *eod.* disertis verbis feminam pro alio iurato fideiubentem sub comminatione interdicti promissis stare iussit.

(*aa*) CARPZOV. *part 8. Decis. elect. 256. num 22.*

(*bb*) Satis enim ostendit THOMASIVS, in Germania ius canonicum ciuili & ob receptionem tempore priorem, & maiorem existimationem pridem ante reformationem præualuisse in *cautel. circ. praecogn. iurisprud. eccles. cap. 21 § 41. 42* nec post eam eius auctoritatem extinctam fuisse *ib cap. 22. §. 1.* adeoque inter protestantes quoque decreta canonum adhuc legibus ciuilibus præferri debere *ib. §. 3. seq.* Conf. *ius eccl. protest. tit. de constit. §. 30. seqq.* GOTTL. GERH. TITIVS Probe des geistl. Rechts *l. 1. c. 2. §. 01.*

(*cc*) STRVV. *Syntagm. iur. ciuil. exerc. 2 th. 39.* Add. ARTHVR. DVCK. *de autorit. iur. ciuil. l. 2. cap. 7. d. 12.*

(*dd*) Nam non modo FRIDERICVS I. *Auth. sacramenta puberum. C. si adversus venditionem* constituit, vt minores inviolabiliter custodiant, quæ sub religione iurisiurandi contraxerunt, licet alias secundum leges ciuiles vel nulliter contraxissent, vel beneficio restitutionis in integrum aduersus læsionem ex validitate contractus imminentem tuti essent: sed iam sub gentilibus imperatoribus is honos iuramento habitus fuit. Ita enim ALEXANDER *in l. 1. C. eod.* militi rescribit: *si minor annis viginti quinque emptori praedicavisti, nullam de caetero te esse controuersiam facturum, idque etiam iureiurando corporaliter praestito confirmasti: neque perfidiae neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti.* Plane iam olim libertus operas, dona, munera iureiurando semel

consulat conscientiis (*ee*), nec publicam salutem lædat (*ff*).

§. XI.

mel promissa præstare tenebantur, non secus ac si verborum obligationem contraxisset, cuius vim pactum iniuratum minime obtinebat. Vid. CAIVS *institut. lib. 2. tit 9. §. 5. l. 7. §. 5. l. 37. pr. D. d. operis libertorum.*

(*ee*) Laudat IOSEPHVS *antiquitat. iudaic. libr. 5. cap. 5* veteres Hebræos, quod ipsis solum nomen periurii horrorem incusserit. Quare Christianus princeps non cauebit, quo minus in foro aliquid toleretur, quod, re, seposito proprii commodi studio, iterum deliberata, facile conscientiæ periurio læsæ arguere queat eos, qui se legum subtilitate a iuratis promissionibus liberare student? Nullibi prohibetur femina, neglecto SCti Velleiani auxilio, fidem datam sancte seruare, eaque ratio est, cur heredes earum, quæ pro aliis intercesserunt, frequentius hoc beneficio vtantur. quam ipsæ, quas pudor et conscientia proprii facti sæpe retardat ab vsu priuilegii aduersus expressam voluntatis suæ declarationem. HVBER. *prælect. ad pand. tit. de SCt. Vellei. thes. 11.* Quanto maior religio esse debet in iureiurando seruando? *Quod qua sit contemnit, si periurii rea dici non posset, saltem hoc agit,* vt ab initio numen domini Dei sui in vanum adduxerit. In alterutro igitur peccat, siue licitum antea iuramentum, nunc in temerarium vertat, siue retro temere ac inutiliter iurauerit, quod & diuino & ciuili iuri repugnat. vid. *Exod. 20. 7 Matth. 5. 33. 34. l. 20. 26. D. d. condit & demonstr. Auth. sacrament. C. quand. mul. tutel.* Id vero etiam extra legem pro virili cauere pii ICti officium puto. Exemplo sit BRVNNEMANNVS *qui ad d. l. D. ad SCtum Velleianum n. 13.* scribit, vt Christianum decet: *Semper mihi potior iuramenti religio, quam subtiles disputationes & ea sententia clienti suadenda, quæ pro religione est.* Multo magis igitur eo annitendum, vbi iuris canonici dispositio id iubet, quam merito pro lege seruamus, siue illud tacito principis consensu siue expressa receptione in foris introductum sit; vtraque enim ratione legis vim etiam inter protestantes obtinet.

(*ff*) Sane seruatis iuramentis, quæ salua salute æterna seruari possunt, frustra legislatoriae potestati præiudicium metuitur. Nam cum nemo neget, posse a principe certos actus accedente aliqua solennitate v. g. septem testibus in testamento, conseruari, sine ea vero inualidos declarari; non video quomodo vellicetur eius auctoritas, si quædam negotia a iudice conseruentur, quoties corroborantur iuramento, quo addito iura ab ipso legislatore condita vel recepta eadem sustinent, licet ipse eidem

Nec iniurata intercessione opus est alia solemnitate.

§. XIV. Hoc igitur casu ad feminam firmiter obligandam solum *iusiurandum verum* sufficiet, licet solenni formula (*gg*) conceptum non fuerit. Quare nec opus est, vt talis intercessio instrumento coram tribus testibus confecto (*hh*) comprehendatur, aut iudicialiter (*ii*) fiat. Nec renunciatio vlla SCti Velleiani requiritur, (*kk*) cuius adeo ne quidem certioratio

dem omnem efficaciam denegauerit, si iniurata fuerint. Plane Reipublicæ interest, non vilescere in animis hominum auctoritatem iurisiurandi quod si vix quidquam operari credendum est, quod non et iniurata obligatio iniungit, nescio an a superfluitate adeoque temeritate satis liberari possit maxima pars iuramentorum, quibus et inter priuatos et ab ipso principe fides habetur, quam iniuratis negari notissimum est.

(*gg*) Sufficit iuramentum *verum* quodcunque, id est, tale, quod inuocatione diuini nominis perficitur. Add SAND. *lib. 3 tit. 11. def. 11.* Solemnis formula, *ita me Deus adiuuet*, non præcise desideratur, sed eadem vis est alterius æquiualentis: an Eydes Statt, bey dem Wote der ewigen Wahrheit &c. quippe qui hac formula vtitur declarat implicite animum iurandi vid. *ius Ecclesiast. Prot. l. 2. tit. 24. n. 4. p. 1907.* Ibidemque allegatus STRYKIVS *in Vsu modern. D. de iureiurando. §. 14.* neque enim ius canonicum vllibi postulat *formale iuramentum*, sed tantum *iurantis fidem*. Hanc vero etiam in eiusmodi obligationibus reperiri, easque ideo seruandas esse dubio caret. vid. PHILIPP. *ad Decis. elect. 25. obs. 2. §. 8. seqq.* ID *ib. obs. 4.* Atque hæc sententia securitati conscientiæ consulit. BRVNNEM. *ad l. f. D. ad SCtum Vellei. n. 10.* Pluribus hæc exequar *cap. seq.* vbi de iureiurando vxoris pro marito intercedentis dicendum erit, in quo par ratio subest.

(*hh*) Priuatum instrumentum cum BARTOLO admittit SAND. *dict. tit. def. 5.* eamque sententiam ex æquitate canonica horrore periurii merito sequimur. Moribus fere eandem seruari testantur HVBERVS *Praelect. ad D. t. ad SCt. Vellei. num. 15. 17.* licet iuri ciuili forte conueniat contraria BALDI opinio ob *l. 23. C. eodem.*

(*ii*) Adde *notam seq.* Pariter renunciationem SCti quamuis, accedente iureiurando extra iudicium factam valere responderunt SCABINI LIPS. *apud* SCHILTERVM *exerc. 28. th. 11. in fin.*

(*kk*) Vulgatum est, iuramentum habere vim renunciationis vid GAIL. *l. 2. obs. 27. n. 29.* MEV. *part. 1. dec. 174. num. 4* quod etsi non nisi sub certis restrictionibus admittendum sit, tamen sufficit, salua salute æterna seruari posse, nec seruatum tendere

in

certioratio desideratur. (*ll*).

§. XV. De *renunciatione* difficilior inspectio est, qua SCti Velleiani beneficium amitti posse plurimi affirmant (*mm*), sed plurimi etiam magnæ auctoritatis ICti ne-

Renunciatio SCti intercessionem validam reddit.

præiudicium tertii. vid. STRVV. *syntagm. iur. civ. exerc.* 21. *th.* 20 ibique MVLLER. *not. n* BERLICH *part.* 2. *concl.* 19. *n.* 24. & quos hi magno numero allegant.

(*ll*) Equidem nemo renunciat, de quo non cogitauit, licet iurauerit, *c.* 23 *X. de iureiur.* nec iuramentum tollit defectum iudicii, quod id inseparabiliter comitari debet, *c* 26. *X eod.* nec debet esse vinculum iniquitatis, *c.* 12. §. *f c.* 18. *X. eod.* quod alias facile euaderet, quia forte non iurauisset femina, si beneficium suum sciuisset. Vnde certiorationem etiam in iurata intercessione requirunt BERLICH. *dict. loc. n.* 37 *sqq.* CARPZOV. *p.* 2. *const.* 16. *def.* 19. *n.* 11. TESSAVR. *dec.* 222. *n* 6 11. 12. Sed iam dictum est, renunciationem plane nullam requiri. Nec excluditur consensus, aut erratur in eo, quod mulier cum effectu obligari velit, quemadmodum nulla lege requiritur, vt minor iurato contrahens intelligat priuilegia ætatis, sed sufficit, illum efficaciter obligari voluisse. Nec iniquum videri debet, sed potius iuri naturali conuenientissimum, vt femina ex sua intercessione non secus ac masculus teneatur, quod tantum humano iure aliter dispositum est, ceu dictum cap 1. §. 1. Itaque hic etiam subtiles dubitandi rationes iuramenti religioni merito postpono. Consent. GAIL. *l.* 2. *obs.* 41. & 77. *n.* 10 HAHN. *ad* WESENB. *tit. ad SCt. Vellei.* SAM. *de* COCCEI. *ius controuers. eod. tit. quæst.* 12. *pag.* 714.

(*mm*) STRYK. *Vs. mod. Pandect.* *t. ad SCtum Vellei.* § 18. VLRIC. HVBER. *Prælect ad D. ibid. num.* 14. GEORG. BEYER. *Delin. iur civ.* 16. *p.* 16. LVDER. MENCKEN *Theor. & Prax. Pand.* 16. § 8. ID. *Gymnas polem. iur. disput.* 6. *controv select. iur. ciuil. th* 16. ENGELBRECHT. *Compend iurisprud. l.* 16 *tit.* 1 § 5. *num.* 7. *p.* 318. BRVNNEM. *ad l. fin. D. eod. tit. n.* 4. FRANZK. *ad D. ib. n.* 29. PEREZ. *ad D. ib. n.* 21. SAM. DE COCCEI. *iur. controvers. eod. tit. quæst.* 12 IO. PAVL. KRESS *specim. iurisprud. civil. forens. l.* 3 *t* 16. §. 10. GAIL. *l* 2. *obseru.* 77. SCOTAN. *disput. ad Pandectas* 34. *thes.* 11 PAGENSTECHER *supplement. ad compend. iuris Schuziofanteriani ach. manip* 3. *sect.* 408 *p.* 123. *seqq* CHRISTOPH ANDR REMER. *de vero obligation. valore sect* 2. *cap.* 21 § 48. *seqq* VOETIVS *ad D. tit. ad SCt. Vellei.* §. 9. LVDOVICI *disput.*

negant (*nn*), vt dubium omnino videatur, quænam sententia communior sit (*oo*); quamvis praxis *affirmatiuæ* magis faueat (*pp*). Eadem et Græcis (*qq*) pridem arrisit, et mihi quoque argumentis in vtramque partem trutinatis præferenda videtur.

§. XVI.

put. de genuino intellectu brocardici vulgaris omne iuramentum seruandum esse, quod salua salute æterna seruari potest §. 24. IO. SCHILTER. *Ex.* 28. §. 8. vt taceam alios ab his magno numero allegatos.

(*nn*) Ex horum numero præter alios sunt WESENBEC. *ad D. t. ad SCt. Velleian. num.* 9. ID. *Comment. ad Cod. eod. tit. num.* 17. *seqq.* FRANCISC. CONNAN. *Commentarior. iur. ciuil. lib.* 6. *cap.* 8 § 9. BACHOV. *ad Treutler. vol.* 1. *disp.* 25. *th.* 4. ARNOLD VINN *select. quæst. lib.* 1. *quæst.* 48. MATTH BERLICH *part.* 2. *concl* 19. *num* 16. *seqq.* PHILIPPI *ad decis. elect.* 25. *obs.* 1. *n.* 1. DAVID MEVIVS *ad ius Lubec. lib.* 1. *tit.* 10. *art.* 1 *n.* 69. *seqq* LECHASSERIVS *peculiari tractatu Callico de SCti Velleiani renunciatione*, ac nouissime IOSEPH. AVERANIVS *interpretat. iur. ciuil. l.* 2. *c.* 5. Alios lubens omitto, inter quos eminet SALIS *sicilim. iur. ciuil. ad l. f. D. h. t.* vbi contrariam opinionem ex impudenti rabularum cum ratione insanientium procacitate deriuat.

(*oo*) Equidem ALBERICVS *ad l. f. C. ad SCtum Vellei.* ait: totum mundum seruare, quod mulier huic beneficio renunciare possit, eamque sententiam communem vulgo putant. vid. WESENB. *ad C. eod. num.* 27. Sed ex dictis patet alios aliter sentire: Præterea multi fluctuant vt HERING. *de fideiussor. num.* 466. Aliqui sibi contradicunt instar CARPZOVII, qui renunciationem admittit *part.* 2. *const. E.* 16. *def.* 17. *num.* 2. contra inualidam esse disputat, *part.* 3. *decis.* 256. *n.* 20. 21. vt dubium fore alicam merito annotent alii, si numero consentientium pugnetur.

(*pp*) Vid. DIONYS. GOTHOF. *ad l. f. D. ad SCt. Vellei.* IOANN. SCHITER. *ad Pand. exerc.* 28. *th.* 8. quod testantur præiudicia, quæ pro affirmatiua passim reperiuntur.

(*qq*) Ita enim CONSTANTINVS HARMENOPVLVS *Præses Thessalonicensis promptuar. iur. ciuil. lib.* 3. *t.* 6. Verba integra ex interpretatione IO. MERCERI hæc sunt; *Tum demum autem pro aliquo interueniens obligatur mulier, cum . . cum aperte dixerit, se iuri proprio ac legi renunciare in fauorem mulierum introducta, ne si intercesserint, teneantur,*

Argumenta dissentientium.

§. XVI. Non desunt quidem aduersariis argumenta, quibus aduersus validitatem renunciationis insurgant. Vrgent, (1.) senatus consultum esse ex legum prohibitiuarum (*rr*) numero; (2.) intercessionem ad publica officia (*ss*) pertinere; (3.) beneficium hoc ob imbecillitatem (*tt*) feminis fuisse

(*rr*) Notum est, renunciationem locum non habere in iure prohibitivo, FINCKELTH. *obseru. 107. n. 8.* eoque secundum mentem *praec. cap. 1. § 6. not z.* non *secundum quid*, sed *simpliciter tali.* Huc vero SCtum nostrum omnino videtur referendum ex variis rationibus. Nam (α) leges vbique dicunt, intercessiones mulierum *prohiberi*, *interdici*, *non permissi*, vt iam *supra dict.* loco dicere occupaui. *add. l. 1. pr. l. 8. §. 3. l. 14. l. 16. pr. et § 1. l. 32. §. 2. D. ad SCt. Vellei.* Conf. *l. 2. §. 1. D. eod.* vbi verba SCti sunt: *Æquum non est mulieres huiusmodi obligationibus obstringi.* PAVL. *sentent. lib. 2. tit. 11.* (β) principaliter fauere videtur bono publico BERLICH. *dict. loc. num. 19.* (γ) eidem fraus fieri potest a femina, de quo iam *supra* allegavi *l. 8. §. 6. D. eod.* cui AVERANIVS *num. 7.* addit. *l. 29. in fin. D. eod.* in qua a ICtis irrita declarata, ait, quae *in fraudem SCti* excogitata probantur, idque *ex l. 29. in fin D. ad leg. Falcid.* demonstrat. In fraudem vero legis permittentis nihil facere potest is, in cuius fauorem ea lata fuit *cit. l. 29. D. d. leg.*

(*ss*) Est enim species defensionis, adeoque virile munus, Vnde PAVLVS ait *l. 1. §. 1. D. dict. tit.* *Sicut moribus ciuilia officia adempta sunt feminis, & pleraque ipso iure non valent, ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earundem versaretur, sed etiam periculum rei familiaris.* Concinit VLPIAN. *l. 2. §. 5. D. eod.* *Etsi mulier defensor alienius extiterit, procul dubio intercedit.* Et clarissime IDEM *l. 2. pr. D. d. R. I.* *Feminae*, inquit, *ab omnibus officiis ciuilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio interuenire, nec procuratores existere.*

(*tt*) Ita enim VLPIANVS *l. 2. §. 3. ad SCt. Vellei.* opem, inquit, tulit (amplissimus ordo) mulieribus PROPTER SEXVS IMBECILLITATEM, multis huiuscemodi casibus suppositis atque obiectis. IVSTINIANVS in *l. 22. C. eod.* FRAGILITATEM vocat. Add. *l. vn. §. 15. C. d. rei vx. Act.* At beneficio propter fragilitatem naturae & sexus imbecillitatem dato renunciari posse negant, quemadmodum minori non licet renuncia-

se concessam; (4.) totam legislatoris intentionem eludi (*uu*) si concedatur renunciandi licentia; (5.) ne realem quidem solutionem impedire, quominus femina tanquam indebitum (*vv*) repetat, quod ex intercessione pro alio soluit; (6.) nullam omnino intercessionem (*xx*) feminae valere; (7) dari exceptiones, (*yy*) ex quibus pateat, regulam esse, ne valeat renunciatio;

nunciare priuilegio imperfectae aetatis. *l. 8. §. 1. D. qui satisd. cog.* BERLICH. *d. p. 2. concl. 19. n. 17. seqq.*

(*uu*) Videtur par imbecillitas subesse in renunciatione, quae in ipsa intercessione occurrit. Itaque eadem facilitate, qua femina ad fideiubendum mouetur, etiam inducitur ad renunciationem SCti, in qua nihilo plus praesentis periculi subest. Itaque nihil egit senatus, si eius decretum vno verbo eludere liceat. Quis enim non, cum mulierem fideiubere compellit, eidem simul & renuciationem beneficii extorquebit? Quo admisso, non imbecillitati sequioris sexus consultum, sed eius intercessionibus noua et inanis formula adiecta foret: quod quam alienum sit a grauitate amplissimi ordinis muliebrem leuitatem compescere volenti, nemo non videt. CONNAN. *dict. loc. p. 641.*

(*vv*) Quamuis filius familias non condicat solutum, quod contra SCtum Macedonianum acceperat, *l. 10. D de SCto Maced.* tamen in muliere obligatio ex intercessione ita fuit eneruata, vt ne quidem creditori solutum ex hac causa retinere liceat. Datur ergo feminae indebiti condictio *l. 40. C d. Condict. indeb.* quodsi per delegationem sui debitoris soluerit, et hic ipsi condictio competit, quemadmodum si pecuniam soluisset *l. 8. §. 3. D. ad SCtum Vellei.* Atqui ipso facto exceptioni renunciat, quae solutionem praestat, et plus est, solutum repetere, quam ante solutionem exceptione tutum esse, vt docet exemplum modo adductum filiifam. Quodsi ergo *realis* haec renunciatio creditori non sufficit ad accepta retinenda, quanto minus *verbalis* sufficiens erit ad solutionem extorquendam?

(*xx*) Non valet solennis intercessio a femina coram tribus testibus celebrata *l. 23. §. 1. C. eod.* cum tamen, quae tam solenniter fideiubet, serium profecto animum sese obligandi testari, ac tacite senatus auxilio renunciare videatur VINNIO *dict. quaest. cap. 48.* nec sustinetur reiterata fideiussio ideo, quod et in secunda promissione intercessio est *l. 19. D. d. nouat.* nisi demum post biennii lapsum repetita inducat praesumptionem negotii ad ipsam pertinentis. *l 22 C. ad SCt.* VELLEI. at ipsa renunciatio nihil aliud est, quam intercessio; nec efficacior videtur, quam iterata

(*yy*) Vrget WESENBEC. *ad C. dict. tit. num. 27. ex* BARTOLO. quod dentur speciales casus in quibus valet

nunciatio; (ß) exceptionem SCti esse favorabilem adeoque extendendam. (zz)

§. XVII. Verum hæ rationes, si accuratius examinentur, magis speciosæ, quam veræ apparebunt. Nam 1) SCtum beneficium est non lex prohibitiua; (*aaa*) 2) falsissimum est, intercessionem ad publica officia (*bbb*) referri; 3) imbecillitas feminarum tanta non est, vt propterea inuitis beneficium ob-

Confutatio dissentientium.

leat renunciatio, nempe in *l.* 27. 28. *C. h.* & Nov. 118 *c.* 5. vnde infert, regulam esse, in contrarium, quia exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.

(zz) Est in ea opinione TESSAVR. *decis.* 222. *n.* 12. *vers. et haec opinio.* Cum enim subsit beneficium principis admodum fauorabile, et quod sexui elegantiori egregie consulit, non dubitat, quin illud interpretatione ampliari debeat *arg. l.* 3. *D. de Constit. princip. c. odia d. reg. iur.* 6.

(*aaa*) SCtum ad leges prohibitiuas simplices male referri et TITIVS docuit *obseru ad Lauterb.* 444. et ipse ostendi *cap.* 1. §. 6. *not.* z. et amplius probabo §. *seq* Hic tantum respondeo (*a*) quod iam supra dixi, *c.* 1. §. 6. *lit.* z. assertiones ICtorum de *prohibitione* improprie intelligendas esse, quemadmodum donationes inter coniuges toties dicuntur *prohibitae l.* 1. et ipso iure non valere *l.* 3. §. 10. *D. d. donat. inter vir. et vx.* quae tamen verius tantum reuocationi ex poenitentia perpetuo obnoxiae manent, arg. *l.* 32. §. 2. *seqq. D eod.* TITIVS *obseru. ad Laut.* 779. (β) Potius bonum *priuatum* respicitur vt mox patebit, *publicam* nonnisi vltimo & per consequentiam. PAGENSTECHER *dict. manip.* 3. *pag* 130 181. REMER *dict. loc.* § 21 (γ) De fraude SCto facta iam monui *supra* eam vel a creditore fieri, cuius intuitu vtique non subest lex permissiua, vel a muliere, quo casu amittit beneficium. De priore vero ICtum loqui amplius corroborat *l* 20. quam §. *praec* ex AVERANIO adduxi, qua occasione simul obseruo, etiam legi *permissiuae* fraudem fieri posse, etiam ab eo, in cuius fauorem lata est Nam lex Falcidia sine dubio in fauorem testatoris et heredis lata *pr. I. d. Leg. Falcid.* et permissiua est, et tamen irrita dicuntur, quae ab iis in eius fraudem agitantur *l.* 27. *D. eod.*

(*bbb*) Intercessionem inter officia publica referri nego ac pernego. Intercesserunt feminae ante AVGVSTVM, et ne inde obstringerentur, SCto opus habuerunt, *vid. cap. I.* § 3 4. nunc

trudere (*ccc*) voluerit legislator; nec 4) eius intentio facultatem renunciandi tollit, (*ddd*) quae 5) salua repetitione eius quod

nunc quoque plurimis casibus valide ex omnium sententia intercedunt, de quibus *hoc cap.* actum, et a IVSTINIANO normam acceperunt, obseruandam, *ne* ipso iure nulliter agant *l. 23. §. 1. C. ad SCt. Vellei.* Hoc in munere publico quis vnquam permissum fuisse, aut permissum iri sibi persuadeat? Itaque male intellectus PAVLVS *in l. 1 §. 1.* vbi aperte comparationem instituit inter *officia ciuilia*, quae nuda opera constant et tamen feminis interdicuntur, et *intercessiones*, quae priuatae quidem sine dubio, sed tamen et ministerium et periculum bonorum comprehendunt. Male intellectus VLPIANVS *in l. 2. §. 5.* vbi omnem defensionem ad intercessionem recte refert, sed ne per somnium quidem, vice versa omnem intercessionem inter *virilia* defensionis *officia* numerauit. *d. l. 2. D. R. I.* Vnde valde miror eam, etiam ICto antiquitatum peritissimo ARN. VINNIO *loco saepius allegato* imposuisse, vt intercessionem pro publico officio haberet, quae tamen *ab interuentione*, de qua ibi sermo est, toto coelo distat vid. PAGENSTECHER *manip. 3. p. 124. 128.* SCHILTER, *ad D. ex 28. § 4.* IAC. GOTHOFRED *ad d. l. 2. D. d. R. I.* VOETIVS *cit. l.*

(*ccc*) Verum est, fragilitatem sexus non exui; sed iam ostendi *cap. 1. § 1. lit. c.* hanc rationem feminis naturaliter non succurrere aduersus ipsarum intercessiones *add. l. 52. pr. D. de fideiuss.* et leges alibi feminarum sexum auarum pronunciant, *l. 4. §. 1. D. ad SCt. Vellei.* Quae vero de imbecillitate iure ciuili hic statuta sunt, non pertinent ad eas, quae beneficiorum suorum satis admonitae fuerunt, quod in *renunciatione* fieri debet, adeoque non impetu praecoci, sed re mere deliberata amicis succurrunt. Nec aeque prohibitum probatur, beneficio ob imbecillitatem sexus concesso renunciare, ac priuilegio ob fragilitatem aetatis indulto, SCHILTER. *d. l §. 9.* HAHN. *ad Wesenb. dict. tit. n. 9.* PAGENSTECHER *loc. all. p. 131.* Sane ratio ciuilis non patitur eandem extensionem quam naturalis, nam minor facile expectat maiorennitatem, contra durissimum foret, feminae beneficium obtrudere, quo per totam vitam fortunas suorum, fide sua interposita adiuuare prohiberetur.

(*ddd*) Equidem non video, quid ad obiectionem de pari leuitate renunciationis et intercessionis faciat responsio KOHLSHORNII *ad Schoepffer. ad D. tit ad SC. Vellei. not. m.* intercessionem esse prohibitam sed non renunciationem, quod ipsum in quaestione est. Attamen nego eandem subesse facilitatem, cum intercessio contra SCtum fiat ab ignorante; *l. 30. D eod.* ad renunciatio requirit *certiorationem*, *vid. infra §. 19.* quae si prae-

quod per errorem (*eee*) folutum eſt, optime exerceri poteſt, 6) nec cum interceſſione confundi (*fff*) debet; 7) exceptiones vero ad *neceſſitatem* (*ggg*) renunciandi) pertinent, 8) nec

praeceſſerit, omnino aut circumſpectiorem reddet mulierem, aut iuſte eandem periculo exponet, quod cum monita ſpreuerit; damnum, ſi quod ſua culpa ſentiat, non intelligitur ſentire *l. 203. D. d. reg. iur.* REMER. *dict. loc. num. 6.* PAGENSTECH. *loc. all. p. m.* 126. 130. Ita ſuam intentionem obtinebit legislator, modo non decipiuntur *incautae*, licet iacturam ſentiant, quae ſponte abdicant priuilegium de quo certiores redditae fuerunt. Et quid ſi fructu careat SCtum? Nonne id ſaepius accidit, vt, cum minus ſubtiliter omnem iniquitatem legislator vitat, eoque fine a ſimplicitate iuris naturalis recedit, occaſionem praebeat, totam ſanctionem eludendi? Ego certe non ideo dixerim, in totum per legem hanc a iure naturali recedi, quia volentibus viam reliquit, illius vſum in totum reuocandi. Etiam ex iis quae *de SCt. Vellei.* oſtendi *cap. 1. §. 6. not. x.* coniici poteſt, ſanctionem *l. 23 § 1. C. de SCt. Vellei.* effectu iuris nihil operari Eandem velut oppido inutilem traducit TITIVS *iur. priu. l. 4 c. 18. §. 6.* etiam eo in ſenſu, quo ab omnibus accipitur Ideoque noſtrum eſt, legi aliquid ex noſtro ingenio addere, ne effectu careat? Rectius forte feminarum interceſſiones toleratae fuiſſent, abſque vlla limitatione.

(*eee*) Quoties mulier ſoluit, quod ex *interceſſione ſimplici* debet, aut nouit SCti beneficium, aut ignorat. Si ſciat, non iuvatur amplius; cuius enim per errorem ſoluti condictio competit, eius conſulto dati donatio eſt, *l 53 D. d. R. I l 9. C. ad SCt. Vellei.* quam in praeſens fieri SCtum minime prohibet. *l. 4. §. 1. D h.* Ergo condictioni tunc locus eſt, ſi *errore iuris* ſoluerit, ignara beneficii competentis. Tunc vero nulla *tacita* renunciatio ſubeſt rei ignotae. Adeoque patet, ab hac repetitione ad inualiditatem renunciationis certiorationem ſubſequutae non valere conſequentiam BRVNNEM. *ad l. 6. D. h. n. 7.* REMER. *dict. loc. §. 21.*

(*fff*) Etiam *ſolennis* et *iterata* intra biennium interceſſio a *renunciatione* differt, nec ipſa *renunciatio* pro *interceſſione* haberi poteſt. Illa ſuſcipitur praeuia *certioratione*, adeoque cognitione periculi, quae a ſolenni et repetita interceſſione abeſt. Alias non dubitem, has quoque, inſtar interceſſionum renunciatione munitarum pro validis agnoſcere. arg *l. 30. D. ad SCt. Vell* add. PAGENSTECH. *pag* 124.

(*ggg*) Quae aliquos de exceptione ad regulam argutari dixi, optime conuellit MENCKEN *controu. ſelect. iur.* [illegible] *ciu.*

nec priuilegium SCti nimis extendi (*bbb*) iura patiuntur.

Validitas renunciationis probatur.

§. XVIII. Maius pondus inest argumentis, quibus renunciatio SCti Velleiani nititur. Constat enim 1) ad illam requiri scientiam (*kkk*) beneficii, quod nonnisi ignoranti conceditur. 2) quidni mulier sese abdicet iure in suum fauorem principaliter (*lll*) introducto? nec desunt 3) exempla renunciationum

cio. disp. 6. th. 16. n. 1. exemplum matris et auiae pertinere ad renunciationes *necessarias* non *voluntarias*. Itaque vera est regula, nullam, *si nolit* SCto renunciare. Sed hic tantum quaeritur, quid facere *possint*, *si velint*. Porro *l. 22.* non agit de renunciatione *explicita*, de qua nos quaerimus, *l. 23.* vero huc plane non pertinet.

(*bbb*) Satis docuit CHR. THOMASIVS quam lubrica sit doctrina de *extensione fauorabilium*. Quod mulieribus hic proficuum est, grauat creditores, apud quos fideiusserunt. Horum petitio iure communi nititur; illae ad ius singulare prouocant. *At* tralatitium est, priuilegia: quatenus vergunt in praeiudicium tertii, esse strictissimae interpretationis *vid. l. 4 C. d. emanc. liber. l. 2. §. 10. 16. D. ne quid in loc. publ.* nec ad consequentias trahenda, quae a iure communi exorbitant. *l. 15. seqq. D. de legib. l. 141. pr. D.* de R. I. FRANZK. ad *D. tit. de leg. n. 58.*

(*kk*) Dicam *§. seq.* renunciationem tunc tantum valere, si praecesserit sufficiens declaratio muliebrium beneficiorum feminis alias ignotorum. *At* quae gnara sui priuilegii tamen intercedit, non iuuatur SCti auxilio, prout *cap. 1.* iam monui, & pene omnes tradunt. vid. BRVNN. *ad d. l. 30. n. 2.* WESENB. *in C. eod. tit. n. 34.* HAHN *ad eund. ad D eod. tit num* I. GERARD. *ad eund. tit §. 13.* SCHOEPFER *ad D. ib. n. 18. Add.* STRYCK. *in vsu mod. D. eod. tit. §. 23.* Vt admodum mirer solum, quoad memini, SCHOEPFFERVM in probanda validitate intercessionis ad *scientiam* mulieris ex *certioratione* prouocare. Scio aliud videri VINNIO *select. quaest. l. 1. qu. 48.* secundum quem mulieres, vt maxime iuris sui consciae sint, SCto iuvari constat. Sed satis clare loquitur obscurus alias PAVLVS in *l. 30. D. ad SCt. Vellei. si decipiendi animo, vel cum SCIRET SE NON TENERI mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei SCti non datur.*

(*lll*) Ex fauore mulierum SCtum esse introductum, satis apparet ex iis, quae *cap. 1.* dixi. Consentit TREVTLER *vol. 1. disp. 25. th. 4. not. f.* HILLIGER *ad Donell. l. 12. c. 31. lit. a.* BRVNNEM. *ad l. 8. C. ad SCt. Vellei.* CORNEL. VAN ECK *princip.*

num (*mmm*) ab ipsis legibus pro validis agnitarum. Denique si vel pari in vtramque partem rationum pondere lis ambigua red-

deretur

princip. iur. eod. tit. pos. 13. vnde cessat, quoties cum causa fauorabiliore libertatis *l.* 24. *C eod.* dotis *l. vlt. C. eod.* vel alia pia concurrit, ceu ostendi *cap.* 2. Creditoris odium quod in Macedoniano praecipuum est, hic nullum subesse, ex *l.* 40. *D d. condict. indeb.* constat, vnde eidem actiones aduersus priorem debitorem restituuntur, *l.* 8. §. 7. *l.* 11. *l.* 13. §. *f. l.* 14. *D. ad SCt. Vell.* Inuito vero beneficium non obtrudi *l.* 69. *D d. R. I.* sed iuri pro se introducto quemlibet libere renunciare tralatitium est *l.* 41. *D. d. minor. l.* 46. *D. d. pact. l f. C. eod. l.* 52. *C. d. episc.*

(*mmm*) Pertinet huc *l.* 31. *D. ad SCt. Vellei.* vbi mulieri permittitur, si repetere nolit, quod ex intercessione soluit, mandati agere, et audienda dicitur, *si cauere velit de indemnitate, quod aliter contingere non potest*, quam cauendo, se non vsuram SCto: alias enim priori creditori actio aduersus reum restituenda esset *l.* 8. §. 7. *l.* 14. *D. eod.* Add CORN. van ECK *dict. tit. pos* 13. Manifestius exemplum praebet sequens *l. vlt* §. 4. *D. eod* quem merito vrgent plerique vid. TREVTLER. *vol.* 1. *disp* 21. *thes.* 4. *lit. f.* HAHN. *ad Wesenb. dict. tit. n.* 9. SCHILTER. *ad D exerc.* 28 *th* 8. Adscribam ipsa verba POMPONII: *si mulier pro eo, pro quo intercessit, iudicium parata sit accipere, vt non in veterem debitorem actio detur, quoniam SCti exceptionem opponere potest: cauere debebit, exceptione se non vsurum: et sic ad iudicem ire.* Vides admitti renunciationem exceptionis, de qua quaeritur. Adeoque res confecta videri potest. Sed varia tamen excipiunt, qui secus sentiunt. vid. VINN. *lib* 1. *select. quaest.* 48. WESENB. *ad D. d. tit. n.* 9. BERLICH. *dict. part.* 2. *concl.* 19. *n.* 32. *ac nouissime* AVERAN. *interpretation. iur. lib.* 2. *c.* 5. *num.* 13. *seqq.* Aiunt haec in iure coram praetore esse peracta, ibi vero quasi contrahi. *l.* 3. *D. d. pecul.* Id vero non procedit, nisi quoad ea, de quibus permissum est contrahere. Addunt, mulierem pro debitore recte soluere; *l.* 4. *D. l.* 4. *C. d. SCt. Vellei.*, at liti se pro alio offerre, etiam pro solutione esse, et hoc vnicuique licere etiam inuito debitore *l.* 23. *D. d. solut.* In nostra ergo lege agi de muliere, quae soluere pro alio velit, quod per SCtum licet, sed prius postulat de debito sibi liquere per iudicem: itaque illam aperte aequum poscere, dummodo solutione futura non fraudetur actor; admitti ergo mulierem, sed, ne ille decipiatur, ea conditione, vt prius caueat, se, si condemnetur, non prouocaturam ad SCti auxilium, quod ergo hoc casu speciali permittatur eo fine, ne auctoritas iudicii eludatur, non esse trahendum ad consequentias. Sed haec parum cohaerent. Soluere pro alio potest femina, sed non iudicium suscipiendo

pro

pro quolibet iuultò, quod eſt, quemlibet in iudicio defendere *l. 35. §. 3. D. d. procur.* quod, mirum eſt feminæ permitti ab AVERANIO, qui eam a iure *poſtulandi* ac procuratorem agendi ſimpliciter excluſerat *num. 3.* Deinde ſi *iudicium pro alio ſuſcipere* idem eſt ac *ſoluere*, idque mulieri præſentem, liberalitatem exerciture permittitur: nullo iure ea SCti auxilio gaudet. At femina, de qua quærimus, ſecundum ipſa legis verba SCti exceptionem opponere *poterat*, ideoque cauere *debebat*, ſe id non facturam. Idque optimo iure Quis enim donandi animum, quem manifeſte probari debere tralatitium eſt, MASCARD. *de probat. concl. 555. n. 13.* CHRISTIAN WILDVOGEL *reſponſ. 48 num. 34.* præſumat ex actione ſuſcepta a fideiuſſore, qui condemnatus aut principalis actionis ceſſionem vrgere poteſt, *l 13. l. 17. l. 36. D. l. 11. l. 21. C. de fideiuſſ.* aut mandati, præſtita ſolutione, agere *§. 6. I. d. fideiuſſ. l. 10 § 11. D. l. 2. C. mandat.* vel negotiorum geſtorum. *l. 20. § 1 D. eod.* Idem de noſtra quoque præſumendum erat, eam fiducia exceptionis, qua ſe ex perſona principalis debitoris tutam credidit, actionem ſuſcipere, aut, ſi ita non obtineret, ab eo ſuum repetere voluiſſe; adeoque finita et iam lite condemnata adhuc exceptionem ſaluam habebat, vt ipſe agnoſcit AVERANIVS *num. 15.* Quod ſi ergo eidem poterat renunciare, idem etiam aliis licebit. Neque enim auctoritas iudicii legitimam rationem diuerſitatis ſuppeditat, cum potius prætor nequidem admittere, ſed a limine iudicii repellere debuiſſet mulierem, ſi ipſis non et aliàs liceret iuri ſuo renunciare. Finge filiumfamilias, ne iudicium reddatur eluſorium, creditori pecuniæ obtuliſſe cautionem in iure, ſe non vſurum exceptione SCti Macedoniani: anne putas, prætorem eandem fuiſſe admiſſurum? credat Iudæus Apella, non ego. Denique *AVERANIVS* addit coniecturam, renunciationem poſt lapſum biennii factam fuiſſe, ac veroſimile credit, mulierem interueniſſe in propria cauſa. At legem hac de re tacere ipſe fatetur. Et ſi de interuentione in ſuo negotio aliunde conſtiterit, non habuerat illa SCti exceptionem, eique adeo fruſtra renunciare iubebatur. Hæc renunciatio poſt biennium eam præſumptionem inducere poterat, lege *IVSTINIANI*, quæ eſt *22. C. ad SCt. Vellei.* nondum condita. Vnde nec obſtat renunciationem non ab initio ſed demum poſt interuallum fuiſſe factam. vid. *l. 19. D. d. nouat.* Dicamus igitur *priorem* feminam in adducta *l. 31. D. d. eod.* SCto vti noluiſſe, quod ſe ab ipſo debitore, pro quo interceſſerat, ſuum conſequuturam ſperauerat: *alteram*, de qua in *l. 32. cit § 4.* agitur, et hac ſpe in omnem euentum fretam, et quod inſuper actorem in actione ſuccubiturum confideret, exceptionem ſponte dimiſiſſe. Quod ſi ante præſentem ſolutionem vtrique adempta pœnitendi licentia, permiſſum eſt, cur non et aliis velleiani beneficio renunciare liceat, et ſi eas poſtea ad ſoluendum cogi contigerit a principali debitore reſtitutionem expectare?

deretur, non dubitarem (4) in dubio pro restringenda (*nnn*) SCti efficacia pronunciare. Vt taceam alias argumentationes pluribus dubiis obnoxias, qualibus passim vtuntur verioris sententiae defensores. (*ooo*)

§. XIX.

(*nnn*) Primum, quia aequitas naturalis feminas æque ac masculos ex intercessione obstringit, *vt cap. 1.* ostendi, et *cap. seq.* latius exequar. At leges omnes in dubio ita sunt interpretandæ, vt quam minimum a ratione naturali recedant. GREBNER. *princip. iurisprud. nat. l. 4 c. 1. th. 2. not. 3 4.* Secundo, quia ius Romanum vetus hoc beneficium ignorauit, vid. *dict. c. 1 § 3.* adeoque id ad leges correctorias pertinet, quas in dubio ampliare non *decet.* FRANZK. *ad D tit. d. leg. num 53.* Tertio quia continet priuilegium creditoribus onerosum, adeoque ita explicandum, ne illos nimium grauet, § *praec. not. l.* quod in specie de intercessionibus mulierum docet CASP. HENR. HORN *de interpret. iurid. cap 3 § 14.* Denique, quia non praeter rationem, si quid iudico, a principio vrsi, me in regula subsistere, quæ beneficiorum abdicationem permittit. Vnde nulla mihi probatio iniungi poterit, sed in pari etiam causa victor discedam, vt pote tutus iure generali, donec aduersarii specialem exceptionem liquido prabauerint.

(*ooo*) Ita I) CORNEL. VAN ECK. *princip. iur. tit. ad SCt. Vellei.* vrget *l. 8. § 10. D. eod. tit.* quam et in mente habuisse videtur TREVTLER *vol 1. disp. 25 thes. 4. not. f.* vbi typographi errore allegatam puto *l. 18 § 10.* Ostendit is locus, mulierem post intercessionem posse sic soluere, ne repetat. Sed regerent aduersarii, se non loqui de præsente solutione, quam sciens non potest reuocare SCti auxilio, sed de obligatione ad longinquum et incertum periculum. Prouocant II) ad *renunciationem tacitam*, quae fit per omissionem exceptionis, eoque fine allegant *l. f. § pen. D. eod. l. 14. D. d. public. in rem act.* iam autem ex BARBOSA *locuplet. axiom. l. 5. c 36 n. 10.* vrgent, taciti non esse maiorem vim, quam expressi *HAHN. ad Wesenb. dict. tit. n 9. ANT. PEREZ ad C. eod. tit n. 21. STRYK vs. mod. D 16. § 19.* Sed facile eludent aduersarii hoc argumentum, quia, si exceptio omittatur a sciente in solutione, eam non ob præsumptam renunciationem sed *donationem* valere dicent: sin omittatur ante litem contestatam, adhuc in quauis parte iudicii vrgeri posse regerent, etiam post sententiam. *arg. l. 11 D. d. SCto maced.* Add. BERGER. *œcon. iur. lib. 3 tit. 3. th. 8. not.*

Modus renunciandi, praeuia tertio. ratione.

§. XIX. Circa modum renunciandi fluctus mouentur in simpulo; (*ppp*) nihil enim amplius (*qqq*) ad eam requiritur, quam

not 7. pag. 615. III) HVBERVS *praelect. ad D. dict. loc. num. 14.* monet, huc facere *l. 2. C. eod.* ex qua monitum habemus, renunciationem esse angustae interpretationis, nec ad alios contractus, quam de quibus specialiter actum est, extendendam. Sed vereor, ne oggeratur, hypothecae remissionem, de qua ibi agitur, plane ad intercessiones non pertinere, add. *l. 11. C. h.* adeoque a *renunciatione pignoris* ad renunciationem *SCti*, quod ad dimissionem obtentae securitatis plane non spectat, consequentiam non valere. IV) Mater et auia in scenam produci solent, vt, earum exemplo ex *l. f. et auth. matri et auiae C. quand. mul. tutel. off. fung.* licentia renunciandi corboretur vid. *BEYER ad D. d. l. pos. 16. not. c.* Sed excipitur, ita expressim a *IVSTINIANO* constitutum esse in ea specie, in aliis non item. Quare non vtar argumento turbido: licet non male replicet *SCHILTER. ad D. ex. 28. § 8* non propterea renunciationem in causa tutelae locum habere, quia *IVSTINIANVS* ita constituit, sed potius imperatorem ita constituisse, quoniam *ratio iuris et natura beneficii* huius id non respuit, sed admittit. Neque adeo, siquis repugnet, magnopere vrgebo V) tacitam renunciationem, ob quam iteratam post biennium intercessionem in l. 22. *C. ad SC. Velleianum* sustineri dicunt. vid. *TREVTLER. dict. loc. th. 3. not. a.* cum sciam, rationem *legis 22.* non in *tacita renunciatione*, sed praesumtione iuris et de iure negotii ad ipsam mulierem pertinentis ab aliis quaeri. *BACHOV. ad dict. loc. VINN. select. quaest. L. 2. c. 48.*

(*ppp*) Praeter rationem hic agitantur controuersiae, quarum inanitas facile patet, si quis cum *TITIO iur. priv. L. 5. c. 18. § 18.* hoc vnum perpendat, nihil quoad *modum renunciandi* specialiter cautum esse, hinc ex generalibus aequitatis principiis illum merito iudicari.

(*qqq*) Frustra sunt igitur, qui plura desiderant, quibus paucis respondendum est. 1) Iurisiurandi necessitatem statuunt, qui simplici renunciationi locum esse negant. vid. VINN. *loc. all.* Ea vero rectius negatur ex iis, quae hactenus disputauimus, atque ita pronunciasse *FACVLTATEM IVRIDICAM LIPS.* docet LVDER MENCKEN *theor. et prax. pandect. dict. tit. § 8.* Suadendum tamen est aduocatis, vt clientibus consulant iurisiurandi adiectionem vrgere. Ita enim multo magis valebit renunciatio, vid. *praeiudic. ap. WISSENB. ad D. disp. 30. th. 17.* etiam ex eorum sententia, qui simplicem nullius momenti putant. Sic etiam fauebunt, qui sibi ipsis contrariantur, quod *de CARPZOVIO supra* obseruaui, qui iuramento opus esse contendit *dec. 236, n. 20. 22.* Forsitan et sunt, qui in theoria mecum consentiunt, in praxi tamen iusiurandum requiri statuunt.

ftatuunt. In quam claſſem neſcio an referre debeam illuſtrem *BERGERVM*, qui *oecon. iur. l. 3. t. 3. th. 9. not. 8. num. 6. pag. 617* ait, *extra caſum praeſtiti iuriiurandi renunciationem cum SC. Velleiani, tum Auth.* ſi qua mulier *neque in Saxonico, neque in communi foro valere*, poſt quam *num. 5. pag. 66.* dixerat *ad renunciationem non requiri iuſiurandum arg. l. vlt. §. 4. ad SCt. Vell.* Præſtat ergo et hic iureiurando vti, tanquam fine omnium litium. II. Sunt, qui renunciationem *iudicialem* exigant, inque eam ſententiam allegent *l. f. § pen. D. ad SCt. Vell* de qua modo egi *§ praec. BACHOV. ad Treutl. dict. loc. lit. Z. ZOESIVS ad D. eod. tit. n. 15. 18.* Equidem negant quamplurimi, locum illum de *renunciatione iudiciali* agere, ac potius de *extraiudiciali* ſermonem eſſe putant, quod mulier caucrit, antequam in iudicium iuerit, ſe exceptione non vſuram. *BICC. d. SCt. Vellei. p. 3. th. 11. MVLLER. ad Struv. ex. 21. th. 11. not. n. ZANGER de except. part. 3. c. 11. n. 161. ſeq. WISSENBACH. dict. ex. 30. th. 16. BERL. loc. ſaepius all. n. 22.* Sed dubium non eſt, hos ignorantia proceſſus veteris labi, ac mulieri, de qua ſermo eſt, *coram praetore* iniunctam fuiſſe renunciationem *in iure*, antequam ipſa et actor *ad iudicem pedaneum* cum formula ablegarentur *in iudicium*. vid. *WESENB. d. n. 9. VINN. loc. all. AVERANIVS dict. cap. 5. n. 14.* Verum quid inde? cauit illa *in iure*, quia ibidem diſceptatio fuerat orta, nec prætor alteri actionem reſtitutoriam aduerſus priorem debitorem denegare poterat, antequam ſciret, illam exceptioni SCti renunciaſſe. Nihil hoc ad alias, priuatim renunciare volentes; ſufficit igitur nullibi requiri, vt *coram praetore* præciſe fiat, vel eiusmodi cautio aditionem iudicis præcedens; *MENCKEN. contr. ſel. iur. civ. diſp. 6. th. 16. reſp. 2.* vel alia quæcunque renunciatio SCti velleiani. Manet igitur libera, *arg. l. 8 D. d. public. in rem act.* valide etiam priuatim ſuſcipitur. *HAHN. ad Weſenb. dict. l. BERGER. oecon. iur. dict. p. 616*, vbi et *FACVLTATEM IVRIDICAM* et *SCABINATVM VITEMB* ita pronunciaſſe refert. III. Inſtrumentum publicum ſiue trium teſtium ſubſcriptione munitum aliqui deſiderent. *SAND. l. 3. t. 11. d. 2. HVBER. ad D. t. d. SC. vell. n. 15. TREVTLER dict. th. 5. lit. a* moti *l. 23. § 1. C. eod. tit.* verum (1) lex illa agit de interceſſione, non de renunciatione, quæ ob præſentem iuris remiſſionem non æque facile a muliere ſuſcipitur, ac interceſſio *l. 4. § 1. D. eod. MENCKEN. dict. diſp. 6. th. 17.* (2) Lex illa IVSTINIANI pertinet ad illas tantum renunciationes, aduerſus quas antea competebat exceptio SCti velleiani. adeoque plane non ſpectat ad fideiuſſionem renunciatione munitam. *STRYK. cautel. contract. ſect. 2. cap. 6. § 12.* (3) Quæ renunciat SCto velleiano, etiam conſequenter beneficio huius legis renunciat, vt quæ eius pars eſt, probe monente illuſtr. Dn. a COCCEI. *iur. contr. l. 16. t. 1. q. 14.* de quo minus dubitabunt, quibus ex *cap. 1. § 6. lit. x. § 2 lit. dd.* hic repetere placebit, quam exiguam mutationem ius vetus per nouam illam conſtitutionem paſſum fuerit.

quam sufficiens explicatio *(rrr)* iuris abdicandi, quae a quocunque *(sss)* fiat, perinde est. Ceterum eadem etiam in *iurata* *(ttt)* re-

(rrr) Iuri ignoto non renunciatur; *arg l. 6. § 8. D quae in fraud. cred.* praesumitur vero mulier ius suum ignorare *l. 1. § f. D. d edend. l. 9. pr. d. iur. et fact. ignor, l 2 § f. D. d. iur fisc.* non valet igitur renunciatio absque praeuia certioratione *arg l. 19. D. d. inoff. test.* WILDVOGEL *Resp 208 n. 6.* BERLICH *d loc n. 34* Carpz. *part. 2 const. 16. def 19* MARTINI *ad process. tit 43 § 1. n. 222.*

(sss) Fundamentum certiorationis est, praesumpta feminae ignorantia. Quae nouit ius suum, et tamen fideiubet, non gaude *SCto l 30. D dict. tit* ergo sufficit mulieri de suo beneficio constare. Perinde est igitur, quisquis demum illam de tenore priuilegii certiorem reddiderit. Idque mihi tam euidens videtur, vt valde veream, neminem adeo stipitem fuisse, vt de eo vnquam serio dubitauerit, licet sciam serio ea de re apud aliquos disputari. Testatur HERINGIUS *de fidei cap. 7. n 474* nimium esse apud doctores silentium, a quo mulier certiorari debeat. Itaque illam quaestionem late tractat, tanquam vtilem, quia si mulier non sit certiorata, dubitetur, an culpa sit creditoris, qui sibi non vigilauit, an agendum cum Notario? Hunc sequimus BERLICH *d l. n 47.* qui pariter docuit, pertinere hoc ad officium notarii, addiditque *num 48.* vtilitatem huius decisionis in eo consistere, quod, vbi is suo munere non fuit rite functus, ad indemnitatem conueniri possit a creditore, qui alias ipse suam sibi culpam imputare teneretur. Vnde absque causa pugnat STRYKIVS *vs mod D 1. ad SCt. vell. § 21.* quando aduersus istos contendit, perinde esse, quoad mulierem obligandum, a quocunque demum certiorata fuerit. Quod per se quidem verissimum est, ac recte quoque obseruatum a MEV. *part. 7. dec. 231.* sed nec illi hoc vsquam negarunt, nec facile quisquam sani syncipitis id vocauerit in dubium.

(ttt) Dicunt quidem, iuramentum esse vice certiorationis; GAIL. *l. 2. obs. 77. n. 10.* HERING. *cap 7. n. 507.* verum cum nemo credatur renunciare iuri, quod non intelligit *l. 8. D. d. his qui not. inf l. 3 §. 31. D. ad SCt. Silan.* WILDVOGEL. *resp. 235 n. 4.* et iuramentum etiam vitient, quae iudicium iurantis impediunt, *arg c. 28. x. d. iurei* patet doctrinam illam oppido falsam esse, IO. SAM. STRYK *d. eo quod iustum est circa iuram. extrain. sec. cat. 2. § 10.* nec tam verba iurantis spectari debent, quam mens, quae nulla esse potest in renunciatione iuris ignoti. *conf.* BERLICH. *d. concl. n 30.* STRYK *vs. mod. d. tit § 23.* PAGENSTECH *manip. 3. p. 127. 132.* Tu dices, frustra nunc a me vellicari, quod ipse dudum concessetim, cum iuratam intercessionem,

etiam

renunciatione adhiberi, legitime probari (*uuu*) debet.

§. XX.

etiam nulla praeuia certioratione, religiose seruari debere contendi *supr.* § *14. not l.* Sed dispar ratio est, quae se pro alio soluturam iurato promittit, satis intelligit, quid spondeat, idque adeo praestare tenetur, licet ignoret, quod iuris subtilitate alias eludere liceat, quae pollicita fuit. Valet ergo iurata promissio non verbis fine sensu comprehensis, sed probe a spondente intellectis. Contra quae iuri, quod ignorat, se abdicat, ore promittit, non animo, peregrinorum verborum significationem haud assequente. Nullum ergo est iusiurandum propter defectum consensus euidentem. Neque enim verborum apices aucupor, sed vim ac potestatem a muliere non capi praestruo, quod ex *cap. seq.* fiet manifestius. Res liquida erit, si eam exemplo feminae minoris alium contractum celebrantis illustrauero. Si iurato contraxerit, vtique tenebitur absque vlla certioratione. *Authen. Sacramenta puberum C. si aduersus vendit.* At pone eam simpliciter contraxisse, idque partim nulliter absque curatore, partim in suum praeiudicium adhibito consensu curatoris. Fac eam post ea iurare, sie begebe sich dever *ex priuilegio minorennitatis* ihr zustehenden *exceptionum nullitatis et restitutionis in integrum*, nec certiorem reddi, quid haec sibi velint. Neminem puto, adeo formulas sine mente prolatas capturum, vt eiusmodi renunciationi vllam vim tributurus sit. Iam quis neget, pariter renunciationem feminae iura sua ignorantis, sie begebe sich des *priuilegii SCti Velleiani* und der *Authentica si qua mulier. C. ad SCt. vell.* non magis ab ipsa intelligi, quam voces Arabicas. Vides ergo rem saluam esse, et vtrumque absque formidine contradictionis asseri posse. Ex iisdem rationibus non possum consentire BERLICHIO *n. 45.* certiorationis necessitatem neganti, cum mulier non *renunciat* exceptioni SCti, sed *pacto promittit*, se ea non vsurum. Tale enim pactum nil aliud est, quam renunciatio, ac de ignotis non magis paciscimur, quam iis renunciamus.

(*uuu*) Certioratio facti est, adeoque non praesumitur, sed probari debet ab eo, qui se in illa fundat. MVLLERVS *ad struv. ex. 21. th. 10. not. v.* BERLICH. *n. 50, 54.* MENCKEN. *theor. et prax. D. t. d. SCt. vell.* § 8. vbi ita pronunciatum docet. Vnde cautela est, curare, vt instrumento publico doceri possit. Creditur enim notario attestanti, feminam de iure suo sufficienter edoctam fuisse, modo ipse vim eius intelligat. Alias cautela est pro rea, ipsum testem producere. Quodsi enim rogatus nesciat muliebria priuilegia, eius instrumento haud creditur BERL. *d. loc.* Contra si mulier de omissa certioratione excipiat, et iuris sui gnara fuisse videatur, caute aget creditor, si ipsi iuramentum deferat, annon per se sciuerit, iura sibi aduersus intercessionem

Ius Saxonicum circa intercessiones mulierum pro extraneis.

§. XX. Atque ista quidem de iure communi dixisse sufficiat. Iure Saxonico Electorali (*vvv*) intercessio feminæ pro extraneis (*xxx*) nullam nouam solemnitatem requirit, vt valeat, si quidem *iurata* fuerit. (*yyy*) Iniurata vero non aliter sustinetur, quam si vltra renunciationem SCti sufficienter explicati, 1.) mulier maiorennis, 2.) curatore instructa, 3.) *iudicialiter* semet obligauerit. (zzz)

Dispositio iuris Silesiaci.

§. XXI. Silesia peculiares de *feminarum intercessionibus* ordinationes habet, ex quibus duas commemorabo. Altera ad *totum Ducatum* (*aaaa*) pertinet, altera maximam partem ex priore

sionem subuenire? Quod si præstare nequeat, merito condemnabitur, siue ex capite *doli*, si simul fateri cogatur, se ea mente fideiussisse, vt postea ad hoc beneficium confugeret, quo ipsam compellendam suadet STRYK *vs. mod. dict.* § *23.* siue ex capite *simplicis scientiæ*, quæ necessitatem certiorationis, vtpote non nisi ob ignorantiam hoc casu cessantem requisitæ, penitus tollit. Ceterum de hoc argumento pluribus agam *cap seq.*

(*vvv*) De quo vid *part. 2. constit. el. 18. ibique* CARPZOV. PHILIPPI *ad decis. elect. 25.* BERGER. *dict. pag. 616.* MENCKEN. *theor. et prax. D. dict. loc.* § *8.* IOHAN. CHRISTOPH. SCHREITER (eum enim auctorem esse docet diarium vernaculum vermischte Biblioth. 2tes Stück *pag. 40. seqq.*) *Introduct. in ius elector. atque commun. Saxon. lib. 3. tit. 4* § *6. 8.*

(*xxx*) De vxore pro marito fideiubente agetur *cap. seq.*

(*yyy*) Nam *dicta constit. elect.* tantum de intercessionibus iniuratis; at *decisio el. 25* non nisi de vxoribus pro marito suam fidem interponentibus disponit. *Add.* PHILIPP. *ad eand. obs. 4.* vbi *praiud.*

(*zzz*) Quo casu etiam bona dotalia feminæ intercedentis obligantur. CARPZ. *dict. loc. def. 17* siue maritum habeat, siue soluta sit, vti visum FACVLTATI IVRID. LIPS. apud MENCKEN. *dict.* § *8.* Non sufficit vero præsentia iudicis in loco priuato, sed in iudicio renunciandum est. CARPZ. *defin 19.* nisi feminæ conditio aut aliud impedimentum personas iudiciales ad ædes eius ablegandas suadeat. SCHREITER. *dict. loc.* § *6.* Origo forte inde petenda, quod omnis renunciatio iure Saxonico in iudicio suscipienda credatur. vid. Land-R. *lib. 1. art. 13.* ZOBEL. *par. 2 differ. 29.*

(*aaaa*) RVDOLPHI gloriosiss. mem. Neu-confirmirte Schlesische Policey-Ordn d. a. 1577. 19 Jun. *Titul.* von

priore deprompta *Metropolin Vratislaviam* tangit. (*bbbb*) Vtraque feminas, pro *extraneo* intercedentes, eo demum casu obstrictas pronunciat, quando 1) in iudicio, 2.) cum curatore, 3.) abdicato, praeuia certioratione, SCti Velleiani auxilio, alterius debita suscipiunt. (*cccc*) Eiusque sanctionis be-

von der Weiber-*Obligation*, Bürgschafft und Gerechtigkeit, quam vid. in den Kayser- und Königl. das Erb-Hertzogthum Schlesien *concernirenden priuilegiis, Statut.* und *Sanction pragmat. pag. 88.* vnde constitutionem de mulierum intercessionibus in suas obseruationes practicas elegantissimas transtulit SEIDELIVS mox laudandus *l. 2. c. 10. §. 18. p. 163. et § 22. p. 167.* ego operæ pretium puto in gratiam eorum qui libris ad ius Silesiacum pertinentibus haud instructi sunt, Sanctionem integram meæ dissertationi inserere. Eius igitur principium dabo *infra c. 3. § 10. not. tt.* hic adscribam verba postrema huc pertinentia: Trüge sichs aber zu, daß eine Wittwe nach ihres Mannes Todt, als sie aus seinen Gewehren kommen, durch ihren gekohrnen Vormunden mit Erinnerung und Verzeihung der gedachten Beneficien, von der Obrigkeit oder Gerichten, ihre zuvorn, vor den Mann gethanen Obligation oder Bürgschafft verneuen, oder sonst desselben Schulden zu zahlen über sich nehmen, oder auch sich für andere Leut verpflichten würde, so soll sie dasselbe völliglichen ohne Behelff, so weit ihr Gut reichet, zu zahlen schuldig seyn.

(*bbbb*) Verba ipsa statuti Vratislau. Artic. XV. hæc sunt: Trüge sichs aber zu, daß das Weib vor ihren Ehemann, mit deme sie gemeine Handthierung triebe, wie unlängst angemeldt, bürgete, oder daß das auffgebürgete Geld, in des Weibes eigenen und kundbahren Nutzen gewand worden, oder daß das Weib nach ihres Mannes Tode, durch ihren gekohrnen Vormünden, mit Erinnerung und Verzicht des SCt. Vellei. vor uns an gewöhnlicher Raths- oder Gerichts-Stelle, oder Unsern Deputirten, ihr zuvor vorn Mann gethanen Obligation, durch ihren gekohrnen Vormünden verneuert, oder sonsten desselben Schuld zu zahlen, über sich genommen, oder auch sich für andere, doch da sie ein Ehe-Weib, mit ihres Mannes Vorwissen obligiret hätte, so soll sie dasselbe völliglich, so weit ihr Gut reicht, zu halten schuldig seyn.

(*cccc*) Requiritur renunciatio facta (I) in iudicio, quod denotatur verbis: vor der Obrigkeit oder Gerichten. Statutum Vratislauiense ait, vor Uns an gewöhnlicher Raths- oder Gerichts-Stelle, oder Unsern Deputirten. *Extraiudicialis* inanis est, quemadmodum *anno 1596. 1602. 1610. 1611.* et *1621.* pronunciatum annoque *1612.* a SCABINIS VRATISLAVIENSIBVS resdonsum fuisse docet THOMAS SCHROEER *Institut. tutor. et curator. part. 2. quæst. 20. § 102. num. 3. 4. et 6. pag. 417.* Vnde sequitur, fideiubentem

beneficium ne quidem renunciatione facta amitti (dddd) statuunt.

CA-

tem comparere oportere in propria persona, maxime cum certior iam reddi debeat sui priuilegii. Quamobrem *d. 20. Decemb. 1677.* reiectum fuit mandatum Mariæ Theresiæ H. Godofredo K. coram Prætorio Suidnicensi datum, quo ille huic commiserat, vt suo nomine apud Comitissam de Z. pro mutuo 2000. thalerorum intercederet. (II) Consensus *curatoris* verb. durch ihren erkohrnen Vormünden. Quodsi vxor pro extraneo intercedat, statutum Vratislauiense etiam mariti consensum desiderat verbis: doch, da sie ein Eheweib, mit ihres Mannes Vorwissen, vnde SCABINI apud SCHROERVM *dict. loc n. 2.* creditori d. 14. Iul. 1545 probationem consensus maritalis iniunxerunt. (III) Certioratio et renunciatio SCti Vellei. Quare ob deficientem certiorationem d. 13. Iun. 1586. inualida declarata mulieris intercessio iudicialis ap. EVND. *ib. num. 5.* idemque alio responso *d. 26. Sept. 1633.* dato confirmatum fuisse didici. Atque istæ solemnitates non modo ad intercessiones viduarum pro *defunctis maritis*, sed ad omnes omnino, quæ a mulieribus suscipiuntur, pertinent, ne eneruetur SCti auctoritas. vid. Consult. Dn. SAM. SEIDELII Reipubl. Vratisl. Secretarii de iure patrio meritissimi *Obseruat. practic. d. iurib. atque processib. forens. in Silesia l. 2, c. 10. § 22.* Alias nihil omnino valet, vti pronunciatum 6. Sept. 1611. ap. SCHROERVM *d. l. n 15.*

(dddd) Eiusmodi priuilegiis ex statuto formam contractibus dante concessis, ne quidem iurato renunciari posse contendit WIBEL *de contract. mulier. cap. 5. n. 10. seqq* TESSAVR. *decis. Pedemont. 223 n. 13.* Non tamen adeo liquidum est, cur inuiolabilius beneficium quod statuto, quam quod generali lege datur, esse debeat; omnia enim, quae tota in hac nostra dissertatione inprimis de *renunciatione, priuata iuramenti religione firmata*, adduximus, & huc, nisi fallor, applicari possunt; immo nec metuendum, saluo cuiusque iudicio, mihi videtur, ne hoc modo corruat ex integro statuti dispositio, siquidem ex illius verbis *prohibitio simpliciter talis* elici non commode potest, sed eius intentio forte potius eo collineat, ne mulieres extraiudicialiter incaute obligationem alienam in se suscipiant, posteaque sub praetextu, se id non deliberato animo fecisse, hanc praestare recusent. Quia vero praesumeret, feminam sub tremenda iuramenti religione pro aliquo intercedentem non prius satis deliberasse, omnesque rationes subeundae intercessionis ad seriam animi periurium tum damnum rei familiaris reformidantis trutinam reuocasse? Vt taceam non parum incertitudinis communi opinioni inde accrescere, quod

Vienae

CAPVT. III.

DE

EFFICACI VXORVM INTERCESSIONE PRO MARITIS.

ARGVMENTVM.

§. I. II. Diſcrimen inter interceſſionem mulierum pro marito et pro extraneo fere nullum, niſi quod nec reiteratio iſtius noceat vxori. III. Vxor eodem inſtrumento vna cum marito ſe obſtringens, pro rata obligatur. IV. Authentica non pertinet ad interceſſionem vxoris pro mariti cognatis: V. Nec ad viduas. VI. Interceſſio mulieris pro marito poſt biennium repetita non valet. VII. De validis vxorum interceſſionibus pro marito. VIII. Interceſſio iurata, cum beneficiorum renunciatione pro marito valet. IX. Quid iure Saxonico ad validam renunciationem requiratur? X. Quid iure Sileſiaco? XI. Cautela in hac doctrina.

§. I.

Viennae, referente SEIDELIO *in obſerv. pract. cit. loco* §. 19. in ſecunda inſtantia *d. 11 Oct. 1706.* pronunciatum fuerit, iuramenti delationem in interceſſione extraiudiciali ſuper ſcientia beneficii locum habere. Quippe inde argumentari quis poſſet, quod ſi *extraiudicialis interceſſio* ſimplex huius ſit valoris, multo magis extraiudicialis iurata firmam perfectamque gignere debeat obligationem, Nihilominus tamen fluctuante mente dubius hæreo quid hac in re incerta ſtatuere debeam, cum hactenus dictis interpretationem vſualem contrariam ſentiam, ceu docet ſententia Magnifici Senatus in *allegat. obſerv. Pract. L II. c. X.* § *XVIII. p. 164.* d. 12. Iun. 1690. in cauſa Caſpar. Lehmgrübners contra Annam Roſinam Bechtin, et d. 21. Mart. præſentis Anni in cauſa Herr Johann Chr Ringenhayns contra Fr. Roſinam Seylerin lata, quæ tamen vltima actio in ſecunda inſtantia dubio litis euentu pendet.

§. I.

Diuersitas intercessionis pro marito a priore exigua est.

Hactenus egimus de validis intercessionibus *mulierum pro extraneis*, qui hoc loco intelliguntur omnes, qui intercedentium mariti non sunt. Superest, vt videamus de efficacibus intercessionibus *vxorum pro viris suis.* Quod pensum facili labore absoluemus, cum tantum non omnia, quae praecedente capite diximus, etiam ad fideiussiones *pro maritis* quadrent, et pene nulla iure communi statuta sit diuersitas inter vtrumque casum, licet immane quantum differre vulgari errore existimentur.

Cum Auth. si qua mulier vir quidquam innuetur.

§. II. Quidquid subest discriminis, inductum est *capite 8. nouellae CXXXIV.* quod totidem pene (*a*) verbis translatum est in *authenticam. Si qua mulier. Cod. ad SCtum Velleianum.* Nouissimi huius iuris sententiam supra (*b*) iam euolui. Quia rite perspecta patet, re ipsa (*c*) nihil (*d*) mutatum fuisse, nisi

(*a*) Nimirum præter paucas voculas, quæ tamen ipsæ eundem per omnia sensum seruant.

(*b*) *cap. 1 § 8.*

(*c*) Ipse enim *dict. loc.* fassus sum, intercessiones, aduersus quas in debitis extraneorum tantum exceptio dabatur, si pro maritis fierent, nouella IVSTINIANI constitutione, ipso iure *nullas* fuisse declaratas. vid. verba *Authentica supra* allegata Quod ingens discrimen esse sibi vulgo imaginantur, qui veteris ordinis iudiciarii rationes non callent. Ego vero ostendi *cap. 1. § 5. not. x. e § 8. not. ad.* rem totam non nisi diuerso *procedendi* modo differre. Itaque admitto mutationem ratione *processus;* ratione *rei ipsius,* seu *iuris* partibus competentis nullam agnosco: imo nostra ætate ne illam quidem vlla ratione superesse puto, sublato distincto officio prætoris et iudicis pedanei. Sed fac restare aliquam, iam tamen suo tempore PAVLVS *l. 112. D. d. reg. iur.* dixit: *Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.* Quanto magis nos dedecet inutiles eiusmodi apices processus formularii pro veris iurium differentiis obtrudere incautis.

(*d*) Satis ostendit integer contextus, imperatorem pro more *suis* constitutionibus derogare voluisse. Cetera

si quod nec *reiteratio* (e) *intercessionis* nocere debeat feminae pro suo viro semet obstringenti. Quo obseruato, facile est plures doctorum, vxoribus plus iusto fauentium, errores detegere et confutare.

§. III. Primum de *modo probandi* intercessionem palliatam, quae, si a creditore negetur, a muliere excipiente omnino demonstranda est (f), altum apud IVSTINIANVM silentium

Valet intercessio vxoris eodem cum marito instrumento se obligantis.

tera iura ante se condita intacta reliquit, quod me *infr.* §6. *not.* t. liquido ostensurum confido. Nostrum igitur non est, extendere *nouam* constitutionem, quod de *Authentica* nostra probe monuit MEV. *part.* 7. *dec.* 229. *not.* 4. ad quam optime quadrant singula, quæ pro restrictiua interpretatione SCti adduxi *cap.* 2. § 18. *not. nnn.* Has igitur rationes æquissime sequimur in Germania inprimis, vbi minus necesse est a simplicitate iuris naturalis recedere, quæ nullo discrimine sexus promissa seruare iubet. Nam maxime hospitem esse oportet in historia Romana, qui ignoret, quam deformes fuerint mores Romanarum mulierum, quarum leuitati AVGVSTVS primum ac deinde alii subueniendum statuerunt, et quam impotens sexus femineus tempore vxorii IVSTINIANI. vid. *supr. cap.* 1. *not. n. bb.* Quare qui vxores nostrates legibus eiusmodi, quibus vetus Roma integris moribus commodissime caruit, æque opus habere contendere velit, eum ego vxore vere Germana indignum censeo. Accedebat mira inter Romanos diuortiorum licentia, mater multorum malorum, ob quam pariter necesse erat coniugibus prospici, ne a maritis probe deplumatæ domo expellerentur. Contra nostri mariti et per se maiori fide vxores prosequuntur, et ex præcepto diuinarum legum fidam coniugem ad extremum vitæ exitum detinere coguntur. Neque adeo tantopere verendum est, ne importunis ad intercedendum sollicitationibus ad incitas redigant vxores, quarum coniunctionem cum non nisi morte solutum iri sciant, cauebunt potius, vt si ipsi omnino facultatibus non possint non labi, minimum illis seruetur, quo et ipsi in calamitatibus sustententur.

(e) Ita verba: *siue semel, siue multoties huiusmodi aliquid pro eadem re* fiat ab omnibus intelliguntur. Nec aliter eadem explicari debere noua ratione ostendam *infr* §6. *not.* s t.

(f) Quia facti est, nec præsumitur.

tium deprehendet, quisquis totam eius constitutionem perleget. Itaque quidquid vulgo dissentiant (*g*), vxorem cum marito sese *eodem instrumento obligantem* firmiter obstringi (*h*) pro *sua rata*, (*i*) adeo persuasum habeo, vt suspecta mihi pror-

(*g*) ANTON. FABER. *C. l. 4. t. 21. d. 21.* MENOCH. *l. 3. praesumt. 22. n. 2.* GAIL. *l. 2. obs. 80. n. 1. seqq.* BRVNNEM. *ad l. f. D. d SCto Vell n. 16. 18.* HARTM. PISTOR. *obser. 113.* BERL *num. 59. et 75.* IO. GE. FLECK. *Biblioth. iur. ciuil. lib. 3. tit. 48 n. 2.* STRYK *vs. mod. D. eod. tit § 6.* IDEM, *Annotat. ad compend. iur.* LAVTERB *h. t. verb. manifeste probetur pag. 440.* cuius verbis communis sententiae rationes proponam. *Quamuis*, inquit, *alias praesumptio sit, quod si plures pecuniam acceperint, seque pro illa obligauerint, singuli eorum ratam suam acceperint, et in suam vtilitatem verterint; praesumptio tamen haec vera tantum est in personis, in quibus non praesumitur, quod altera in gratiam alterius potius, quam sui ipsius id faciat. Secus in praesenti casu, vbi tota pecunia ad maritum, tanquam potentiorem, et cui mulier non facile audet contradicere, peruenisse recte praesumitur. Et huius praesumtionis hoc fundamentum est, quod onera matrimonii incumbant marito, hinc vxor aleo opus non habet pecunia.* Idque opero se tueri studuit GE. REICHARD. STVRM. *tractat. iurid. de vxore correali cum marito vno eodemque documento obligationis.*

(*h*) In communi sententia, quam modo recensui, *interpretationis extensionem* recte agnoscit MEV. *part. 8. decis. 453.* Eam vero solidis rationibus destitui in aprico est. Concedunt, vxorem censeri dimidiam partem acquisiuisse, si instrumento emptionis contineatur, maritum et vxorem simul aliquid emisse CACHERAN. *decis. Pedemont. 140.* HARTM. PISTOR. *d. obs 113 n. 7.* Suadent, vxorem principaliter obstringendam marito fideiussore idque valere existimant, vid. *not. seq. k.* Quare igitur in correali obligatione aliter pronunciandum? Si praesumptio est, inter maritum et vxorem omnia bona fide agi, et tenor instrumenti contra scribentem probat, nec aliud actum aliud simulatum creditur, donec probetur contrarium: etiam hoc casu vxor obligabitur, cui nullibi prohibitum esse, se vna cum marito absque animo intercedendi obligare ceu recte docet CARPZ *p. 4. const. 16. def. 4. n. 1.* Quodsi contra fidem chirographi ab vxore scripti metus et inductio maritalis ac pecuniae in maritum deriuatio praesumeretur: nemo tutus esset, qui vel vllam rem in maritum ab vxore ex contractu translatum ab eo emeret, vel ipsi vxori crederet; quod nemo dicet.

(*i*) Quod enim attinet ad portionem mariti, nullum dubium est, vxorem intercedere, quatenus se cum eo

prorsus videatur cautela, qua alii a muliere principale chirographum accipi suadent viri sui fideiussione muniendum (*k*).

§. IV.

eo correaliter obligat, adeoque id, quod tantum pro parte accipit, in solidum se restituturam promittit, quemadmodum id etiam de fideiussione pro extraneo iam monui *cap. 2. § 5. not. i.* Quare cum etiam a rata correi extranei soluenda mulier liberetur exceptione SCti Vell per textum clarissimum in *l. 17. § 2. D ad SCt. Vell.* euidens est multo magis vxorem vna cum viro contrahentem tantum ad suam ratam soluendam obligari. Idque adeo rectissime docuit CARPZ. *par. 2. const 6. def. 4.* licet male ad tuendam suam sententiam vsus fuerit argumentis eandem prorsus destruentibus aduersariorum, qui hanc definitionem propterea nihilo melius pro sua opinione allegant, quam sibi contrarius alio loco defendit *lib. 2. resp. 75.*

(*k*) Vxorem ex suo chirographo, licet eidem maritus tanquam fideiussor subscripserit, condemnandam esse plerique fatentur. vid. HERING. *d. fideiuss. cap. 7. n 430.* MVLLER. *ad Struu. ex 21. th. 11. not. m.* Idque verum est, etiamsi is postea testamento declarauerit, se eam pecuniam vniuersam debere, *l. 28 pr. D ad SCt. Vellei.* cum obsonum sit falsam testationem vnius damno alterius cedere. *l. 85. D. mand.* BARBOS. *locupl. ex om. lib. 3. c. 45. axiom 4.* Nec sibi ipsi constat BERLICH *d. l. num. 63.* quando vxori etiam aduersus principale debitum marito fideiussore contractum exceptionem largitur, quia videatur solummodo color quaesitus, sub cuius praetextu vxor obligetur. Nam ipse stat in *seq. n. 66* requirit, *vt expresse de fraude, dolo et collusione* constet. Vnde vxorem, quae, se hac ratione obligauerat condemnatam fuisse, si vero intercessionem palliatam subesse excipiat, in reconuentionem ablegandam esse docet BERGER. *Oecon. iur. ciuil. l. 3. t. 3. th. 8. not. 4. p. 614.* qui cum addit consilium, vt ob difficultatem probationis iusiurandum deferat *marito*, forte *creditorem* actorem in animo habuisse videtur, quod et innuit subiectum praeiudicium, quo idem iuramentum purgatorium iniunxit SENATVS APPELLATIONVM DRESDENSIS *dict. loc. pag. 615.* Nihilo tamen secius parum clienti consulere videntur, qui eidem cautelam suppeditant, vt loco obligationis correalis in instrumento vxorem principaliter, maritum vero vt fideiussorem, cum renunciatione beneficii excussionis semet obligandum curet add. GAIL. *lib. 2 obs 96. num 8.* Quodsi enim bona fide ipsi vxori credat, ignarus eandem intercedere, non iam haec cautela est aduersus exceptionem intercessionis inualidae, sed prudentia cuiuis creditori commendanda, ne credat absque chirographo. Sic partem tantum debiti ad vxorem peruenire putet, alteram dimidiam ad virum: contra bonam fidem ager, si

Authentica non prodest intercessioni pro mariti cognatis et amici.

§. IV. Deinde *Nouella*, et quae illam refert *Auth.* nonnisi de vxore *proprio viro* subueniente loquitur. Eius igitur dispositio perperam trahitur ad casum, quo coniux pro *mariti patre*, *fratre*, *filio*, vel amico interuenit. Licet hoc quoque aliquibus placeat ex erroneis rationibus, quasi intercessio pro *marito* donationem sapiat; (*l*) quae vero pro viri cognatis proximis fidem suam interponit, hoc ipsius contemplatione (*m*) fecisse videatur (*n*).

§. V.

si in totam sortem principalem feminæ obligationem accessoriam mariti poscat, et totum chirographum suspectum reddet, si iurare iussus fateri cogatur intercessionem palliatam.

(*l*) Ita argumentatur BERLICH. *dict. concl. num* 67. 68. secutus BARTOL. *in nostram Avthent. n* 2. cum quibus consentit TRENTACINQ. *d. fidei. resol. 3. n. 7. add.* BRVNN. *ad Avth. si qua mul. num. 6.* Quod si verum esset, omnino prohibitio intercessionis pro marito etiam ad omnes, in quorum is potestate est, vel quos ipse in potestate habet, aut qui eidem cum ipso potestati subiiciuntur, extendenda esset. *arg. l. 3. § 2. D. l. 4. C. d. Donat. int. vir. & vxor.* At generaliter hoc dici nequit. Si femina alterius obligationem, animo ipsum *gratis* liberandi, expromittendo in se suscipiat, fateor et intercessionem subesse, *l. 8. §. 8. l. 9 D ad SCt. Vellei* et donationem. Regulariter vero aliud dici debet, ac valde absonum esset pro *donatione* haberi *fideiussionem*, ex qua nihil erogatur, quod non aut mandati vel negotiorum gestorum aut cessa a creditore actione repeti possit. Et quid multis? Facile suo gladio iugulatur BERLICHIVS, qui fatetur. *n.* 66 quod nec potuit negare, maritum pro vxore valide intercedere. Quod ergo marito licet, donatio non est, quæ respectu vtriusque coniugis æqualiter inualida est. *l. 1. l. 3. D. de donat. int. vir. et vxor.*

(*m*) Etiamsi fideiussio pro *donatione* habenda esset, non tamen valeret prius argumentum in mariti cognatis, soluto potestatis vinculo, vnam cum ipso personam non amplius constituentibus aut eiusdem amicis vid *l. 5. § 2. D. eod.* Itaque addit alterum argumentum, quod donatio hæc facta videatur *contemplatione mariti*, adeoque in fraudem legis. Sed ita confundi videtur contemplatio mariti, quatenus *est causa finalis* siue intentio eidem acquirendi, cum eius contemplatione, quatenus est *causa impulsiua*, siue ratio mouens, ob eius fauorem benefaciendi tertio, eo fine, vt non maritus, sed ipse tertius acquirat, quæ aequiuocatio plerumque negli-

§. V. Porro cum non toti ſexui, ſed vxoribus tantum proſpicere voluerit Imperator; dubium non eſt, quin de iis tantum perſonis nouella agat, inter quas conſiſtit matrimonium. Fruſtra ſunt igitur, qui Authenticam etiam ad viduas (*o*) producunt, quas ne quidem proximo a virorum obitu tempore (*p*) ad eam iure prouocare (*q*) exiſtimo: niſi quatenus

Authentica non pertinet ad viduas.

gligitur, ſed ſatis euoluta eſt a IO. CHRISTOPH. FRANCK. *de dominio rei filiofam. fauore in partem donatæ patri vulgo ſed perperam tributo cap. 1. § 6. 7.* qui vſum eius oſtendit *d. l. cap. 3. §. 10. et c. 5. § 2.* Priori ſignificatu non præſumitur vxor amicis mariti benefacere, poſteriore nihil fit in fraudem legis.

(*n*) Speciofius obiectum fuiſſet, rationes, quæ IVSTINIANVM magis ad nouellam conſtitutionem promulgandam permouerunt, ad hunc caſum æque quadrare. Duplex allegari ſolet a Doctoribus, amor et metus. Aiunt maritalibus illecebris facilius vxorem ad intercedendum induci a marito, quam feminam quamcunque miſeratione extranei. Nec ægre minis Viri, qui eam in coniugali directione habet, quamuis reluctantem compelli. Vt igitur alias legislatores maiori periculo maiorem cautelam opponunt, vid. RITTERSH *ad Nov. p. 2. cap. 14.* ita hic quoque ſtrictius proſpectum fuiſſet vxori mariti inſidiis magis obnoxiæ. MVLLER *ad Struu. ex. 21. th. 11. not. a.* Atqui æque facile femina a viro ſuo induci videtur, vt pro eius cognatis et amicis intercedat, ac pro ipſo. Id vero eſt, quod nego. Nemo dicit, *authenticam* pertinere ad fideiuſſiones pro ipſius mulieris cognatione, Minus ergo periculum ſubeſt ab affinibus Nec vir ſuæ cognationi fauere præſumitur in præiudicium coniugis, de qua ipſa veritas DEVS teſtatur: *Ideo vir deſeret patrem ac matrem, et vxori ſuo agglutinabitur. Geneſ. II.*

(*o*) Facit hoc BRVNNEM. *ad l. 1. D. ad SCt. Vell. n. 11.* CARPZ. *p. 2. conſt. cl. 16. d. 3.* ID *d. iur. fem ſingul. dec. 4. poſ. 4.* vbi præiudicium *Fac. iur. Lipſ. n. 15,* STRVV. *deciſ. Sabbath. cap. 14. deciſ. 27.* Ratio eſt, quia defuncto licet marito, amor tamen ac reuerentia coniugalis non exſpirat continuo. Itaque vidua infirmi iudicii ad debitum defuncti ſuſcipiendum eadem facilitate, quam eo viuo authentica repreſſit, permouetur.

(*p*) Placet hoc temperamentum BEYERO *ad D. h. t. tit. poſ. 18. not. d. pag.* 307 probat enim argumenta CARPZOVII ſed breui tempore mariti deſiderium, ac luctus intemperiem deferueſcere animaduertit. Itaque diſtingui cupit, verum vidua ſtatim poſt obitum mariti recente ad huc luctu oppreſſa intercedat: an demum dolore per temporis interualla iam delinito?

(*q*) Viduam ab authenticæ priuilegio

nus intercessio viuo marito facta (r) in nouam viduae promissionem influit.

§. VI.

uilegio excludunt SCHOEPFER *ad D. t. d. SCt. Vell. num. 12.* STRYK. *vs. mod. D. ibid.* §. 12. IDEM. *cautel. contr. sect. 2. cap. 6.* §. *8.* vbi præiudic. COTHMANN. *vol. 5. resp. 48.* MEV. *part. 7. dec. 229. seqq.* qui tamen contrariam sententiam absque nota dimiserat *part. 6 dec. 22.* BERGER *oecon. iur. p. 617.* vbi senatum appellationum Dresdensem, quam[an]tea pro vidua bis pronunciasse refert, tandem negatiuæ accessisse, idemque a FACVLTATE IVRID. VITEMB. factum commemorat. Horum ergo causam potiorem iudico ob cessantes mariti blanditias imperio mixtas, quibus fundamentis authentica niti creditur § *prae. 4. not. n.* nec moueor reliquiis affectus vxorii, quæ sensim euanescu. t, nec tempus lege definitum habent, iudicis vero arbitrio permitti nequeunt, nisi ius incertissimum reddendum sit. Fateor iuste præsumi in vidua religiosam sanctissimi vinculi etiam post nuptias morte solutas memoriam, et probam coniugem mortuo quoque marito illibatam seruare reuerentiam benigne credo Sed hæ ratiunculæ mihi non videntur sufficere ad extensionem iuris ex tot rationibus, quod superius allegaui, strictissime interpretandi. Mors omnia soluit, nec vxor amplius est, cuius maritus decessit. Et quis dicet viduam magis deperire maritum defunctum, quam sponsum amari a proba sponsa? nec tamen quisquam ad eam produxerit authenticae beneficium, cui nec SCti auxilium competere in aprico est.

(r) His rationibus motus STRYK. *caut. contr. d. l.* cautelam suppeditat creditori, vt post mortem mariti desideret, quo de nouo illam obligationem recipiat vidua. Non intercedo, tantum etiam atque etiam moneo, vt bona fide agat, nec ab illa nouam intercessionem postulet, priusquam de priuilegiis vxorum probe fuerit edocta. Ridebunt forte rabulæ hoc consilium tanquam præceptum sapientiæ, qualia quia ipsis parum cordi sunt, consultius putabunt obrepere incautæ, quam per suam admonitionem honestatis studio remorari iterationem qoauis calliditate, ipsorum iudicio promouendam Ego vero quamuis nolim surdo fabulam narrare, ipsis tamen iterum serio suadeo, ne nimia astutia se ipsos decipiant, quod alias fore quauis sponsione certare ausim, saltem si me aduocato vidua etiam post vulneratam illorum obreptione causam vtetur. Dabo enim & illi præsidium, aduersus horum machinatones, et ignorantiam priuilegii ex authentica constante matrimonio quæsiti allegare iubebo, plane confidens, replicationem intercessionis post mortem viri repetitæ exceptioni authenticæ oppositam hac duplicatione elidi. Nam *cap.* 2. ostensum

§. VI. Ipsae vxorum pro suis maritis intercessiones in eo distinguuntur ab aliis, quae pro extraneo fiunt, (s). quod nequidem post biennium repetitae (t) valeant. In ceteris esto regu-

Intercessio pro marito repetita nunquam valet, cetera aeque ac pro extraneo.

sum est, etiam solutum ex causa intercessionis inualidae beneficio SCti repetere licere. Quanto magis recedi ab iterata intercessione vel condici cautio poterit, quoties alterutra *errore iuris* facta vel scripta est a muliere beneficii ex authentica competentis ignara? *arg. l. 8 §. 3. D ad SC. Vellei.* Quamobrem ex regulis artis ita constituendum arbitror: I) Retinet vidua priuilegium authenticae ab vxore quaesitum; II) quodsi *primum* post mortem mariti intercedat, tantum SCto Velleiano tuta est, III.) sin intercessionem viuo viro iam factam eo defuncto *repetat*, non praeiudicabit beneficio authenticae *ignoto*. IV.) Si illud intelligat, valebit velleianum, nisi noua intercessio talis sit, qualis alias efficaciter obligat. V.) Excipitur tamen, fideiussio iterata post biennium, qua intercessionem ab vxore factam nunquam confirmari ostendam §. *seq not. t.* saltem quoties biennii initium incidit in vitam prae defuncti mariti, quod tempus ob praesumptionem continuatarum persuasionum, *Nov. 61. c. 1. §. 2.* STRYK. *Disp. de iur. priuilegiat. contr. priuilegiat. c. 2. n. 69. seq.* ad minimum deduci oportet.

(s) Facile foret etiam hanc differentiam vellicare, si mihi propositum esset, non tam veritatis studium sequi; quam id dare operam, vt rubro meae dissertationis, quam fieri possit, speciosissime satisfaciam. Cum enim ne verbulo quidem biennii mentionem fecerit imperator, sermo vero sit de iure, interpretatione minime ampliando, non deforet color, si quae de intercessione *multoties* repetita dicuntur, ad iterationes intra biennium factas restringerem. Sed alia omnino ostendam ex integro nouellae tenore.

(t) Tota series *authenticae & nouell. 134. cap. 8.* firmiter mihi persuadet, IVSTINIANVM, prout erat in suis maxime legibus inconstans, *suarum* de intercessionibus constitutionum pertaesum *iisdem* quoad vxores derogare voluisse, de iure ante Iustinianeo vere tunc nequidem per somnum cogitasse. Vetuit igitur in vxore pro marito fideiubente obseruari secundum suum edictum quo fideiussiones instrumento publico comprehensae ipso iure valere iubentur, *l. 23. C. ad SCt. Vellei.* vetuit ad easdem applicari primum quo intercessiones post biennium factae confirmantur *in l. 13. C. eod.* idque ipsum volunt verba, *siue semel siue multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat.* Nec fuit quisquam, quoad memini, qui eadem aliter fuerit interpretatus. Cetera vero authenticae ac nouellae nihil noui continent.

regula generalis (*u*) *quaecunque intercessio in fauorem extranei suscepta non eneruatur SCto Velleiano, eadem etiam valide obstringit coniugem viri sui debitum suscipientem.* Qua cognita facile est, efficaces vxorum pro maritis intercessiones a praeconceptis ICtorum opinionibus vindicare, in quo exequendo adeo licebit esse breuiores.

Variae species intercessionum efficacium pro marito.

§. VII. Patet (*v*) igitur valere intercessionem vxoris etiam pro marito, quoties ipsa 1.) callide (*x*) egit, aut 2.) illustris ac regalium

(*u*) Fluit haec regula ex modo dictis consequentia necessaria. Itaque nihil moror dissensum communem imbellibus argumentis nixum, et par adeo ratio est huius avthenticae et legis 23. *ad SC. Vellei.* quam ad intercessiones iure ante Iustinianeo efficaces non pertinere ostendi *cap. 1. §. 7. not. cc.* Nec obstat 1) quod vxorum intercessiones *nullae* declarentur, 2) quod casus versionis in rem probatae exceptus innuat inclusionem ceterorum sub regula eosdem irritos declarante arg. *l. 4. § f D. de ver leg.* de qua argumentatione videri potest, NIC. EVERHARD a MIDDELBVRG Loc. argument legal. loco *ab except. ad regul.* Nam ad vtrumque dubium iam respondi supra Accedit 1.) quod etiam *d. l. 23.* nullitatem induxerit, nec tamen ad intercessiones olim licitas extendi debeat, 2.) quod, quemadmodum *permittitur* casus antea licitus, si creditum in vxoris vtilitatem versum fuerit, ita e contrario *nullus declaretur* alius casus antea validus, intercessionis post biennium. Si ergo expressio vnius casus probat ius diuersum in reliquis, etiam inualiditas reiterationis probabit validitatem reliquarum exceptionum.

(*v*) Sequor ordinem *cap. 2 §. 3. seqq.* seruatum. Neque adeo longis probationibus opus habebo, quas me *ibidem* anticipasse existimo, si doctrina §. *prae. h. c.* singulis iungatur Spero itaque, neminem mihi vitio versurum, si nunc meris assertionibus ac remissionibus breuissimis defungar, nisi vbi speciale dubium specialem responsionem flagitabit, aut aliae peculiares obseruationes plus lucis requirent.

(*x*) Vxori decipienti authenticam non succurrere iam monui cap. 1. §. 8. Nec puto, quenquam fore, qui eam fraudes tueri dixerit, maxime, cum irrita etiam intercessione, tamen actio non excluderetur, quae in dolum vxoris competit. arg. *l. 23. D. ad SC. Vell.*

regalium exercitio instructa (*y*) est, aut 3.) nullum damnum sentit, velut acceptis in eius rem versis (*z*) quod inter coniuges, inter quos bonorum communio viget, quodammodo (*aa*) con-

(*y*) add. STRYK. *cautel. contr. sect.* 2. *cap.* 6. §. 5.

(*z*) Casus huius validitatem specialim confirmat *authentica.* Versa vero in rem vxoris hic creduntur etiam ea, quæ luxui impensa fuerunt, LAVTERB. *exerc.* 28. *concl. fer.* 18. modo maritus vxore petente ita nummos dilapidet. Neque enim vxori æquum est, imputari prodigalitatem viri pretiosas vestes obtrudentis BRVNN. *ad l.* 16. *D. h. n.* 5 add. PET. FRIDER. *de mandat. l.* 2. *c.* 61. *n.* 13. Sed cautus sit creditor ac de *manifesta,* quam authentica desiderat, probatione solicitus. Neque enim sufficit confessio vxoris forte ipso instrumento comprehensa GAIL. *l.* 2. *obs.* 89. CARPZ. *resp. l.* 2. *tit.* 6. *resp.* 75. *n.* 11. nisi facta fuerit in iudicio, GAIL. *d. ob. n.* 5. BERLICH. *p.* 2. *concl.* 19. *n.* 76. cum hæc confessio omnes superet, KLOCK. *tom.* 3. *cons.* 108. *n.* 33. aut coram tribus testibus secundum BERL. *d. l. n.* 77. Sed quid si probatio tantum minus plena fuerit? Videtur ea negligenda; quia vbi *manifesta* probatio exigitur iuramentum alicui etiam semiplene probanti deferri non potest ex sententia BERLICH. *d. l n.* 79. Enim vero non video, cur non sufficere debeat quidquid præter extraiudicialem ac merito suspectam vxoris confessionem alias plene probat, siue solum, siue aliorum accessione corroboratum. Itaque et iureiurando ab actore delato locum relinquo, et iudici copiam facio litem ex probationibus minus plenis turbidam iuramento alteri parti iniuncto finiendi. Vnde purgatorium mulieri iniunctum fuisse commorat ac defendit. CARPZ. *aist. r.* 75. *n.* 16-18. Quod faciendum, quoties aut probatio semiplena minor adest, aut peracta probatione semiplena sola rea de veritate iurare potest. Quoties enim vterque pari pollet veritatis notitia, actor, qui semiplene probauit, ad suppletorium potius admitti debet. vid. MICH. HENR. GRIBNER *princip. proc. iudic. l.* 1. *c.* 5. *sect.* 2. § 5. *n. c.*

(*aa*) vid. STRYK *Vs. mod. D.* 2. *d. SC. Vell.* §. 4. *vbi* docet *in iis locis, vbi ex moribus vel statutis vera bonorum communio inter coniuges obtinet, cessare vsum authenticæ. Siue enim vxor intercesserit, siue non, teneri eam ex suis bonis pro marito inope soluere, licet integra dotis periculum incurrat. Pactum vero talem communionem inducens non aliter inter coniuges ad hunc effectum subsistere, quam cum renunciatione SCti Velleiani* (vel potius authenticæ) *ob tacitam, quæ subest, intercessionem.* Mihi sic videtur: videndum, vtrum mores locorum, vbi communio bonorum inter coniuges introducta est, mariti creditoribus tantum bona, quæ vxor constante matrimonio habuit, an etiam eius per-

contingit, pretioue (*bb*) pro intercessione accepto: aut 4) ignorante creditore (*cc*) intercedit; aut 5.) apparenter tantum, veluti indemnitate (*dd*) promissa: aut 6.) pro credito priuilegiato, veluti si ex pietate (*ee*) vel pro dote (*ff*) fideiubeat. De mercatricibus et cambiantibus (*gg*) eadem repetenda sunt, quæ de intercessione pro extraneo dixi.

§. VIII.

sonam obligent? Posteriore casu STRYKII sententiam amplector. Priore quæ non intercessit, non tenebitur quoad acquisita post mortem mariti, quæ intercessit, tenebitur pro parte dimidia. Hactenus enim non potuit non verti in vtilitatem vxoris, omnium bonorum sociæ. Itaque nec opus erit renunciatione, quam adeo, quantum ad partem dimidiam, nec requiro in communione bonorum pacticia, *arg.* nostræ *auth.*

(*bb*) Dissent. MENOCH. *lib.* 3. *præsumt.* 22. *num.* 4. ZANGER. *de. except. part.* 3. *c.* 11. *n.* 144. Consent. BEYER *ad D. t. d. SCt. Vellei. pos.* 11. 12. *iunct.* 13.

(*cc*) CARPZOV. *l.* 2. *resp.* 75. *n.* 3.

(*dd*) Ita indicatum apud MEV. *part.* 6. *dec.* 22.

(*ee*) Quorsum referunt vxorem debitum mariti pro liberanda eius fama et fide constituentem HERING. *cap.* 7 *num* 417. *seqq* BERGER *Dec. iur pag* 617 *lit.* V. ex ratione, quia recipiendo in se debitum non tam pro eo intercedere, quam nomen eius a creditoribus emere videtur. Ego addo, quia subest versio in rem ipsius vxoris. Fama quauis pecunia potior. Decoctio mariti etiam vxori aliqualem notam inurit, saltem eius dignitatem sine dubio minuit. Quare quæ pro fama viri conseruanda erogantur, omnino etiam in vxoris commodum, pecuniario præstantius, impenduntur

(*ff*) Consent. BRVNNEM. *ad L. f. C. ad SCt. Vell. n.* 5. iunct *n.* 16. 13. *ad l. f. D.* Dissent. BERGER *dict. lit.* ibique ICTI FRANCOFVRTENSES.

(*gg*) Vxor mercatrix non gaudet authentica; add. MEV. *p.* 8. *dec.* 413. Id vero intelligo de vxore, quæ vel separatam a viri rationibus negotiationem suo nomine exercet, vel communem cum marito, ea lege, vt in ipsam quoque pars lucri redundet. Secus est in *vxore mercatoris administra* ac solas operas ad mercaturam, quæ tota mariti est, præstante, wenn das Ehe-Weib mit im Laden sitzt und verkauffen hilfft. BRVNNEM *ad l.* 17 §. *f D. eod.* v 6. BERGER. *d. l. p.* 00. vbi responsum Facultatis Vitebergensis, licet maritus merces ex bonis dotalibus aliisque ad vxorem pertinentibus comparauerit *arg. l.* 7.

C.

§. VIII. Quod si vxor pro marito intercedens *iurata fide* contraxerit iusiurandum omnino adimplere compellenda est. Idemque obtinet, si suis beneficiis *iureiurando*, licet formula minus solenni concepto, (*bb*) *renunciauerit*: modo in casu renunciationis de iisdem sufficienter (*ii*) *edocta* (*kk*) fuerit.

Valet intercessio iniurata et renunciatione munita.

C. si certum pet. Ill. A COCCEI *iur. contr. eod. tit. qu 15* vbi prael. Quod si ergo ipsa de lucro nihil participet, ac virum tantum subleuet in mercatura, famuli tantum rationem habet, Sie wird einem Diener gleich geachtet, PAVL. IAC. MARPERGERS Fragen von der Kauffmannschafft *part. 1. pag. 96.* nisi aliud receptum; quemadmodum etiam, quae mariti negotiationem tantum administrat, mercatricis iure fruitur Gedani per ORDIN. CAMB. *Gedanens. art. 38.* et in regno Prussico per *Ius Camb. Pruss. art. 35.*

(*bb*) COLER. *d. proc. execut. n. 250.* STRYK. *Vs. Mod. 1. ad SCt. Vellei. §. 10. et 12.* vbi prael. Dissentit. ID. *cautel contr. sect. 2. c. 6. §. 5.*

(*ii*) Pugnant inter se Doctores, vtrum sufficiat ab vxore renunciari Senatus consulto Velleiano, an necesse sit in specie etiam authenticae beneficium abdicari? Prius sufficere videtur ALEXANDRO *l. 7. cons. 146.* HVBER. *ad D. dict. tit. th. 20.* STRYKIO *caut. contr. d. l §. 6.* Eidem *Vs. mod. §. 14.* BERGERO *resol. Lauterb. p. 233.* BRVNNEMANNO *ad l. f. D. h. n 56.* Vtrumque requirunt idem BRVNN. *consil. 80. n. 21.* SAND. *l. 3. dec. 11. def 4.* MEV. *p. 6. dec. 22. n. 4.* COCCEI. *iur. contr. d. t. 1 quaest. 13. aliique.* Illi vrgent 1) auctoritatem iurisiurandi; 2) enixum propositum omnibus exceptionibus renunciandi. 3) comprehensionem authenticae sub SCto, cuius pars et accessio facta sit. Hi ad diuersitatem remediorum et strictam renunciationum naturam prouocant. In eo vero omnes videntur consentire, non tam de nomine remediorum quaeri, quam de re *ipsa*, et *contentis beneficii*, vxori expositis et ab ea per renunciationem dimissis. Nam terminos latinos artis vxorem haud capere praesumptio est. Putarem igitur ita dicendum. Aut id ipsum cui praeuia certioratione renunciat vxor verbis vernaculis integrum sensum exprimentibus instrumento expressum; aut eidem solummodo insertum est, illam renunciare SCto Velleiano. Primo casu tantum renunciatum, quantum expressum, siue in ipsa certioratione authentica *nominata* fuerit, siue non: posteriore casu praesumendum, mulieri tantum SCti beneficium fuisse explicatum, et ab illa abdicatum, non etiam priuilegia amplius per *authenticam* concessa. At quae sunt illa? Nullum plane, nisi quod ne quidem iteratio post biennium obliget. Nam quod SCtum obligationem ipso iure

rit. Immo iuri congruit, vt etiam iniurata (*ll*) renunciatio sufficiat. Quæ omnia testium (*mm*) præsentiam minime requirunt.

§. IX.

iure conseruet, et ope exceptionis eneruet, contra *authentica*, ipso iure eandem tollat, id quidem mulieri explicare esset cum ratione insanire velle. Cum igitur non tam *verba* renunciationum spectemus, quam *mentem*, sequitur, eam quæ SCto valide renunciauit, etiam *authentica beneficium* amittere, nisi vnico casu vix dabili, si post biennium fideiussionem pro mariti repetiisset, ac postquam deinde Velleiano SCto renunciauit, exciperet, se ignorasse beneficium *authentica* etiam iterationem quamcunque nullam declarantis.

(*kk*) DIDAC. COVARRVVIAS ad *c. quamuis p. 2. §. 3. n. 8.* Dissent. FRANZK. *ad D. dict. tit. n. 28.* ZOES. *ibid. n. 20.* BRVNN. *ad. l. f. D. eod. n. 17.* Tutius adhiberi certiorationem tradunt ENGELBRECHT *compend. iurisprud. dict. tit. §. 6. in fin.* STRYK. *caut. contr. d. l. §. 4.* Sit ergo sollicitus creditor de *probatione certiorationis*, adeoque eam inseri curet instrumento notarii, vel ipsum iusiurandum verbis vernaculis tam late concipiat, vt simul declarationem iurium vxoris comprehendat. vid. Formula elegans apud STRYK. *d. caut. contr. d. l. §. 4.* Caueat vero formulas ineptas, qualem hic pro more dedit KOLSHORN *ad Schaeff. syn. D. p. 400.* ipsorum beneficiorum tenorem ne syllaba quidem explicatum commemorans, sed Notarium scribere iubens: und weil auch des Debitoris seiner Ehegenoßin deutlich erklähret und verständigt worden, daß eine Ehe-Frau sich nicht kräfftig *de iure* verbinden könne, (*quod extra intercessionem falsissimum*) sie habe denn ihren weiblichen Gerechtigkeiten eydlich *renunciirt etc.* Quasi vero certioranda esset de necessitate iuratæ renunciationis et non potius de sensu sui priuilegii.

(*ll*) HAHN. *ad Wesenb. dict. tit. n. 9.* CORNEL. VAN ECK. *ad D. d. t. pos. 14.* dissentiunt plerique vid. *COTHMANN. vol. 5. resp. 48. n. 3. RAVCHBAR. p. 1. qu. 34. n. 12. BRVNN. ad l. f. D. dict. tit. n. 16. SCHILTER. ad. D. ex. 28. n. 11. MEV. part. 7. dec. 229. n. 1.* et quos hi magno numero plures allegant. Rationes potissimæ sunt 1) quod authentica intercessiones vxorum nullas declaret; 2) quod sit lex prohibitiua. Verum cum *nullitas* ab eneruatione tantum quoad veterem modum procedendi apud Romanos differat, vid. *cap. 1. §. 6. n. 10. et §. 8. not. dd.* quoad ipsum iuris vinculum autem vtraque pari passu ambulet, prout ostendi §. *praec. 2.* quæ sola superest, diuersa processus pridem aboliti ratio non poterit obstare quominus

§. IX. Iure *Saxonico Electorali* ad validam vxoris pro marito intercessionem eadem requiruntur, quæ in fideiussione pro extraneo (*mm*). Tum vero ipsa tantum quoad bona sua *paraphernalia* ac *receptitia* (*oo*) obstringitur, quibus nec aduersus constitutum iniuratum (*pp*) priuilegium concessum est. Vt quoad *dotem, dotalitium* (*qq*) ac *donationem propter nuptias* [illegible] etiam

Dispositio iuris Saxonici Elect.

minus authenticæ æque renunciare liceat, ac SCto. Add. supr. *c* 1. §. 8. *not. dd.* vbi ad vtrumque argumentum iam respondi ac probaui, nouellam esse quidem legem prohibitiuam secundum quid, intuitu nimirum creditoris, non vero simpliciter talem, respectu etiam debitricis, vt hæc non possit beneficium dimittere, si velit.

(*mm*) BRVNN. *ad. l. f. D. d. t. n.* 14. dissent. HVBER. *ad. D. ib. th.* 18. 19. vbi contraria præiudicia.

(*nn*) vid. *cap* §. *pen.*

(*oo*) Ita sancitum *part.* 2. *const. el.* 16. Add auctores *cap.* 2. allegati, ac præiudic. ap. *MENCKEN. theor. et prax. D.* 1. *ad SC. vellei.* §. 8.

(*pp*) Constitutio electoralis generaliter, de vxorum *intercessionibus*, iisque, si cetera se recte habeant, absque iureiurando bona earum præter dotalia affici præcipit. In hunc censum recte refertur constitutum. Interim ad illud indistincte iuratam renunciationem requirunt CARPZ *ad. d. const. d* 2. *SCHREITER introduct. in ius Saxonic. l.* 3. *t* 4. §. 7. quasi ex vsu forensi. Ego vero religioni mihi duco, Carpzouianis præiudiciis iuri contrariis vim iuris consuetudinarii adscribere.

(*qq*) Adeoque omnia omnino bona. Equidem HVBER. *ad. D.* 1. *ad SC. Vell.* *th.* 20. refert ex BECKMANNO, Lipsienses respondisse, vxorem renunciantem tantum quoad ea bona obligatam, quæ ad maritum detulerit, non etiam ad reliqua. Verum id ipse ex ratione iuris municipalis deriuandum arbitratur. Ego vero potius consicio confundi intercessionem renunciatione authenticæ corroboratam cum *renunciatione* mera hypothecæ et iuris prælationis. De postrema Lipsienses respondisse probabile est. Eam enim non nisi illata vxoris afficere constat, atque ita ab iis pronunciatum fuisse etiam CARPZ. refert. *p.* 2. *c.* 16. *d.* 20.

(*rr*) Iusiurandum hoc casu exigit dict. const. 16. p. 2. quod corporaliter præstare debeat hac formula: So wahr mir GOtt helffe und sein heil. Wort, definit. *decis* 25. neque adeo sufficit promissio bey dem Wort der ewigen Wahrheit, quemadmodum iudicatum apud BERGERVM *œcon. iur. pag.* 516. Curatoris vero consensu non opus esse, vbi iuratur arg. *Auth, sacramenta puberum C. Si adu. vendit.* pronunciatum meminit IDEM *ibid.* Immo non obstante hac sanctione in conscientia ad vitandum periurium vxor

etiam obligetur; præterea opus est *iureiurando*, eoque *corporali* (*rr*) qua forma neglecta ne quidem heredes (*ss*) vxoris obstrictos crediderim.

§. X.

vxor intercedens obligatur etiam ex iureiurando implicito secundum CARPZ. *dec.* 199. *num.* 20. & BRVNNEM. *consil.* 89. *n.* 35. aut extraiudiciali ex sententia STRYK. *vs. mod.* *d. l.* §. 11.

(*ss*) Quodsi vxor moriatur, non reuocata intercessione, cui accessit, renunciatio ex omissione iurisiurandi vel alterius solennitatis vitiosa, eius heredes quasi purgato vitio obstrictos tradunt CARPZ. *p.* 2. c. 16. *d.* 9. ID. *de iurib. femin. singul. decad.* 4. *posit.* 8. PHILIPPI *ad dec.* 25. *obs.* 3. *n.* 10. 12. vbi præiudic. STRYK. *vs. mod.* §. 15. rationes sunt 1) quod mors sit loco iuramenti, 2) quod intercessio mulieris ratione mariti sapiat naturam donationis, quam constat, licet inter coniuges prohibita sit, morte tamen confirmari *l.* 32. § 2. *D. l.* 1. *l.* 5. *l.* 10. *C. d. donat. int. vir. et vxor.* Verum prima ratio iusiurandum *promissorium* renunciationis cum quibusdam assertoriis perperam miscet, ac ius speciale male vertit in regulam generalem, vnde et ab STRYKIO reiicitur: alteram, etsi vera esset, tamen nihil concludere manifestum facit *l.* 7. §. 1. *D. l.* 20. *C. ad SC. Vell* quæ ostendunt, exceptionem mulieri competentem sine dubio ad eius heredes transire. Suboluit vis argumenti, ni fallor, liquidissimi, ipsi STRYKIO d. l. Itaque ille conatus est sequenti modo obicem amouere? *Respondeo*, inquit, *in d. text. agi de muliere, quæ intercessit, sed beneficio suo non renunciauit, hoc casu vtique ad heredes transit exceptio. Verum si renunciatum sit, sed iuramentum omissum morte tamen hæc renunciatio confirmata, tunc heres hunc defectum non magis, quam illum opponere potest, quod vxor marito donare non potuerit. Vtrobique enim adest legis prohibitio, quæ per mortem purgatur.* Sed hoc omne quidem in quæstione est, vtrum renunciatio *inualida* morte confirmetur, vtrum heres eius defectum non magis opponere possit, quam prohibitionem donationis, & an in eiusmodi renunciatione subsit legis prohibitio talis, quæ morte purgetur. Si hæc dicere sufficit, eadem facilitate singula dicentur de *nuda* intercessione, nulla renunciatione inualida munita, quam ipse concedit non obligare heredes. Nihil igitur agit, donec ostendat diuersam rationem *renunciationis* et *intercessionis*. Sed fac illam ostendi? Ficulneum tamen erit argumentum. Nunquam enim probabit, eam sapere naturam donationis, quod supra satis a me confutatum fuisse existimo. §. 4. *not. l.*

§. X. Constitutio *Prouincialis Silesiaca* (*tt*) statutis *Vratislauiensibus* (*uu*) totidem pene verbis inserta ad intercessiones *Ius Silesiacum et Vratislauiense.*

(*tt*) In ORDINAT. POLIT. *tit.* Von der Weiber *Obligation* verba sequentia habentur. Es hat sich auch bishero vielfältig begeben, daß die Weiber wenn sie sich an kräfftigen Stellen, für ihre Ehe-Männer und andere Schuld halben in Burgschaft eingelassen, daß sie dasselbe hernachmahls wieder kommen und also daraus gantz beschwerliche, wiederwärtige Rechts-heidigung und Händel erwachsen; Wenn denn aber hierinnen aus vielen beweglichen Ursachen, nicht unbillig gebührliche Maß zuhalten ist, damit beyde diejenigen, so auf dermassen Bürgschaften getrauet, nicht gefähret, sowohl auch der Weiber-Begnadung in acht genommen, und doch darunter, sonderlich die eheliche Liebe und Treue, Geldes und Gutes halben, nicht hindangesetzet werden möchte, also soll hiemit statuiret und verordnet seyn, daß wenn sich hinführo ein Ehe-Weib für der Obrigkeit oder an gewöhnlichen Gerichts-Stellen, durch ihre hierzu insonderheit gekohrnen und erbetenen Vormünden, verschreiben und verobligiren, und sich ihrer Weiblichen Freyheit, des Senatus Consulti Velleiani et nouarum Constitutionum, (welches sie zuvorn durch die Herrschaften, Aempter- und Gerichte nothdürfftig berichtet und errinnert werden soll, äussern und verzeihen würde, daß sie dasselbe, obgleichen dermassen verzicht nicht eydlich auch ohne andere Solennitates geschehen bis an die Helfte ihres Gutes zu halten schuldig seyn, und ihrer Weiblichen Freyheit weiter nicht, denn allein in der andern Helfte ihres Guts geniessen soll

(*uu*) *art. 15. pag. 25.* So hat sichs auch vielfältig begeben, daß die Ehe-Weiber, wenn sie an kräfftigen Stellen, für ihre Ehe-Männer Schuldhalber obligiret, daß sie dasselbe nachmahls wieder kommen, und also daraus gantz beschwerliche wiederwärtige Rechtstheidigung und Händel erwachsen. Wenn denn aber hierinnen aus vielen beweglichen Ursachen, nicht unbillig gebührliche Maß zu halten ist, damit beyde diejenigen, so auf solche obligationes und Raths-Verschreibungen getrauet, nicht gefehret, sowohl auch der Weiber-Begnadung in acht genommen, und doch darunter die eheliche Liebe und Treue, Geldes und Gutes halben, nicht hindan gesetzet werden möchte, als haben wir uns dahin verglichen.

Wenn sich hinführo ein Ehe-Weib, für und neben ihren Ehemann, vor uns an gewöhnlichen Raths oder Gerichts-Stelle, oder denen so wir auf Ersuchen dazu deputiren, durch ihren hierzu erkohrnen Vormünden verschreibet oder obligiret, und sich ihrer Weiblichen Freyheit des Senatus Consultei Velleiani, welches sie zuvor nothdürfftig berichtet, und erinnert werden soll, geäussert und verziehen hat, so soll sie dasselbe, obgleich dermassen verzicht nicht Eidlich geschehen, bis an die Helffte ihres

ſiones vxorum *pro (w) viris ſuis* nullum iuſiurandum, ſed easdem per omnia ſolennitates requirit, quas in *fideiuſſionibus pro extraneis* deſiderari docui. (xx) Attamen coniuges pro ſuis maritis, non niſi ad dimidiam (yy) vsque bonorum (zz) partem

res Gutes zu halten ſchuldig ſeyn, und ihrer Weiblichen Freyheit weiters nicht, denn allein in der andern Helffte ihres Gutes genieſſen.

(w) Quid ſi cum maritis ſe obligent? Eum caſum exprimi putant verbis *Statuti Vratislauienſis* für und neben ihrem Ehemann, itaque hoc etiam pro intercesſione habent in dubio, nec admittunt, niſi verſione in rem vxoris aliunde quam ex eius *confeſſione* probata. Ita Magnificus Senatus pronunciauit *a.* 1674. Producebatur inſtrumentum obligatorium huius tenoris: Ich Hanß Jac Pitſchke, und ich Maria Seeligerin beyde als ſelbſten ſchuldige bekennen hiemit: daß wir G. E. F. vor aber kauffte Wahren ſchuldig worden ſind zuſammen 400. Thl. ſo wir auch in unſern groſſen Nutzen verwendet, geloben demnach und verſprechen, Ihme Hn. Gläubigern ſolche 400. Thl. binnen Jahr und Tag danckbarlich zu bezahlen, bey Verpfändung alles unſers Vermögens, liegend und fahrend ꝛc. treulich ſonder Gefehrde, geſchehen Breßlau den 12. Octobr 1671.

(L. S.) H. J. P.
(L. S.) M. S.

(xx) Nempe vt intercesſio fiat 1) *coram actis*, 2) *cum curatore*, 3) *cum renunciatione* priuilegiorum, praeuia certioratione, vid. *cap.* 2. §. *vlt.* Renunciatio vero *generalis* admittitur; quemadmodum audiui, d. 11. Ian. 1603. pronunciatum in cauſa Vrſulae viduae Gerſtmanniae, quae beneficiis mulieribus non in ſpecie ſed tantum generaliter renunciauerat.

(yy) Ita ſaepius pronunciatum docet THOM. SCHRÖER *Inſt. tutor. & curat. part.* 2. *qu.* 20. §. 102. *num.* 12. 13. 14 *pag.* 419. 420. Atque id temperamentum etiam TESSAVR approbat *dec.* 223. *n.* 13. Ita enim nec ad incitas redigitur, nec maritum deſerere cogitur vxor. Aliud tamen in *ducatu Olſnenſi* viget, vbi vxor pro marito fideiubens in ſolidum tenetur Fürſtl. Oelßn. Landes-Ordn *part.* 2. *art.* 8. Verba huc quadrantia videantur excerpta in *obſeruat. practicis* ſaepius allegatis *L. II. c.* 10. §. 20. *p.* 167.

(zz) Bonorum, inquam, non debiti, vt SCABINI *d.* 8. *Febr.* 1599. pronunciarunt, et *d.* 11. *Ian.* 1603. reſponderunt ad conſultationem dictae viduae Gerſtmanniae: Caſus hic eſt; vxor in fidem ſuam recipit 50. maritus nihil omnino reſtituere poteſt. Vxor in bonis habet 60. Tenetur ad ſoluendos 30. tamquam dimidiam ſuarum facultatem, nec liberatur praeſtando 25. tanquam dimidium debiti.

(aaa)

partem obstringi patitur, quod *Vratislauiæ* ita accipi moris est, vt vxor intercedens, nonnisi ex iis soluere cogatur, quæ vltra *vestimenta (aaa)* ac *dimidiam reliquorum bonorum (bbb)* salua (*ccc*) habet. Idque priuilegium etiam ad *liberos (ddd)*

(*aaa*) Vestimenta linteamenta Leinen Geräthe non imputanda docent allegatæ OBSERVAT. *pract. de iur. atque process. forens. in Siles.* ideo, quia generali obligatione haud continentur, quæ verosimile non est, debitorem specialiter fuisse obligaturum, *l. 1. seq. D. de pignor.* Obstat equidem, quod obligatio dimidiæ bonorum non tam ex voluntate mulieris, solidum promittentis derivari debeat, quam ex statuto, quod adeo non videtur admittere restrictionem ex affectione debitricis, quemadmodum regula *dict. l. 1.* locum non habet in tacitis hypothecis *a. l. 6. l. 7. l. 18. D eod.* Verum salua res est, et recte vtrumque coniungitur. Ex statuto non tam persona vxoris obstringitur, quam eiusdem bona. Hoc præstructo omnino videndum, *quænam* bona videatur obligare voluisse, quæ ante intercessionem certiorata est, tantum de illis, non de sua persona obstringenda agi.

(*bbb*) Æstimatio vero fit ex *tempore illationis* vsque ad mortem vel fugam mariti, non habito respectu ad id, quod tempore intercessionis superfuit. Computantur itaque omnia, quæ vxor tempore contracti matrimonii possedit, additis iis, quibus postea eo constante facultates ipsius mediante hereditate, donatione, legato vel alia ratione auctæ fuerint; vti responsum ad requisitionem A. N. (id est Adami Neumanni) *apud* SCHRÖER. *dict. loc. num. 9.*

(*ccc*) Finge hæc omnia conficere 600. inde pro marito ex intercessione *solui* 200. vxorem denuo pro eo fideiubere. Tenebitur ad 100. hos enim tantum ex dimidia omnium bonorum saluos habet. Alteram dimidiam totam sibi retinet. vid. SCHRÖER *dict. loc.* Consequens est igitur, creditoribus perire, quidquid *vltra* dimidiam illatorum ex concursu vxor obtinere nequit. Primum enim illa sibi vindicat suam dimidiam, quam omnino saluam habere debet, etiamsi creditores parum vel nihil consequantur. Atque ita sæpius pronunciatum, velut apud SCHRÖER *d. l. dict. obseru. pract.* § 21. et speciatim in Stuba *d. 13 Mai 1644.* Creditoribus tamen, apud quos vxor intercessit, ex altera dimidia statim post ipsam satisfieri, adeoque illos ceteris concreditoribus præferri conuenit, quatenus ipsa vxor, in cuius locum succedunt, illos præcessisset, vti iudicatum ap. SCHRÖER *ib. n 10.* Quæ omnia etiam in reliqua Silesia seruari æquum est, cum *ordinationis prouincialis* eadem verba sint, et par intentio esse videatur vxoribus dimidiam

(*ddd*) transit. *Vidua* vero (*eee*) ac *mercatrix* Vratislauiensis (*fff*) in solidum tenentur.

Cautela, ne in contrahendo omittantur superflua a DD. requisita.

§. XI. Ita de validis mulierum intercessionibus ex arte iuris sentiendum et de casibus fideiussionum iam factarum, ad decidendum oblatis, pronunciandum arbitror. Probe tamen memoria teneo, veram sententiam in praxi errantium multitudine atque auctoritate non raro opprimi. Causarum vero patro-

midiam facultatum partem omnino conseruandi *d. obs pract.* §. *21.*

(*ddd*) arg. *l. 20. C. ad. SCt. Vellei.* atque ita responderunt SCABINI *Wratisl. d. 9. Iul. 1699.* an Barthel Hesmers Kinder.

(*eee*) Viduam authenticae beneficio haud frui quoad intercessionem mortuo demum marito factam *supra* docui. Idem confirmant *STATVTA SILESIACA* et *WRATISLAVIENSIA* verbis *cap. 2.* §. *vlt.* allegatis, quae illas ad solidum soluendum compellunt. Attamen consensus curatoris et solennitas iudicialis etc. requiritur, siue intercessionem pro viuo factam repetant, siue mortuo demum marito eius debitum constituant, vel aliter pro eo intercedant. Ita enim coniungenda sunt verba aliquantum dubia idque cum propter paritatem rationis, tum quia pro conseruandis muliebribus beneficiis laboratum constat. Atque sic saepius iudicatum fuisse audiui *d. 3 Mart. 1540.* inter Simonem Reichel et Evam Ianin, *d. 27. Iun. 1620. d. 6. Sept. 1621* ad requisitionem Joh Beers et August Neumans, *d. 6. Dec. 1631* ad requisitionem Vrsulae Schindelin, itemque *d. 23. Mart. 1649.*

(*fff*) Vxorem mercatricem absque vlla solennitate ac certioratione in solidum *teneri*, cum *STATVTVM WRATISL. dict.* § trüge sichs aber zu ostendit, *cum ordin camb. ann. 1716.* §. *2.* cuius verba superius §. *12. c. 2.* tradidimus: ex quibus simul patet, pro mercatrice etiam eam haberi, quae administratorio tantum mariti nomine negotiatur: verb. vor sich oder ihren Mann Vnde Scabini Wratislauienses apud SCHROER *d. l. n. 8.* responderunt: da wie recht dargethan und erwiesen werden möchte, daß des M. Hans Frau mit und neben ihrem Ehe-Mann die gesammte, (quod in praecedentibus exprimitur ihnen sambt und unverschiedlich vertraute) Handlung und Factorey verwaltet, f. e. u sp w. v R. daß H. H erwehnte Wißmannische Wittib besagter Factorey und Handlung halber zu belangen wohl befuget, dieselbe auch ihres Vorwendens angemaster priorität ungeachtet dafür zuhafften schuldig. Pariter d. 20. Oct. 1650. responsum comperi: daß Eheleute, welche mit einander gemeinen Weinschanck getrieben, zugleich zuzahlen schuldig.

patrono, atque omnibus illis, qui contractus adhuc ineundos dirigunt, incumbit non modo prouidere, ne in praecepta iurisprudentiae impingatur, verum etiam cauere, ne ex regulis artis facta fori tyrannidem infestam experiantur. Itaque omnibus suasor ero, vt re adhuc integra, nihil omittant eorum, quae, per se superflua, Doctorum, plura quam lex iubet requirentium, erroribus in necessitatem versa sunt, vel saltem innoxie atque vtiliter adhibentur, vt controuersiae inanes ac litium protrahendarum occasiones praescindantur.



EXERCITATIO LI.

AD LIBR. XVIII. PAND. TIT. I.

DE FVNDAMENTO RETRACTVS DVPLICIS IN AGRIS HAMBVRGENSIVM VSITATI.

PROOEMIVM.

Vtimur hodie in Germania duplici *iure communi*, domestico et peregrino. Illo *ius antiquum Germanicum* indigito, cuius primaria pars in *iure Saxonico* continetur: per hoc vero *ius Romanum* intelligo, quod, vbi, introductis

Duplex in Germania ius commune, domesticum et peregrinum.

ductis Academiis, vniuersam peragrauit Germaniam, passim in iudiciis auctoritatem accepit insignem. *vtrumque diuersas rationes habet* Vtrumque ius tamen proprias diuersasque habet rationes, quarum confusio et combinatio non potest non institutis antiquis Germaniæ summum adferre præiudicium. Ponderandum vtique est, ius Romanum tantum esse receptum in *subsidium*, et quidem inprimis iis in materiis, quae a Romanis ad Germanos sunt deuolutæ et antea iisdem fuerunt incognitæ; quæ autem ex peculiaribus Germaniæ scitis dependent, vnice ex horum principiis esse æstimanda et decidenda. *non semper a ICtis obseruatas* Etenim hoc discrimen olim ab his, qui iurisprudentiam Germaniae excoluerunt, haud obseruatum fuisse, scripta publica docent, quod existimarent, omnia et quæuis Germaniæ instituta ex iure Romano, diuersis instructo principiis, illustranda esse, vtpote quod fere vnice tantum in Academiis traditum, inculcatum, et explicatum est. *vnde confusio insignis orta* Quanta vero confusio inde orta fuerit, meo non indiget testimonio, quum ipsa rerum argumenta hanc satis superque comprobent. Longe prudentius censuit SCHILTERVS *in dedic. pr. iur. Rom* aiens: *Fons et origo huius mali non alius arbitror potest ostendi, nisi defectus prudentiæ ciuilis, quæ sicut in Romanorum ICtis excellens exsistit, ita in coniungendis legibus patriis atque peregrinis quam maxime requiritur.* Sicuti vero haec *prudentia ciuilis* iuris *patrii* et *peregrini* scientiam solidam præsupponit; ita ignorantia *iuris patrii* eiusque neglectus in Academiis in caussa fuit, quod de coniunctione harum legum earumque diuersa ratione solidum ferri non potuerit iudicium. *maxime in retractu* Si *retractum* eiusque singulares species in Germania, et maxime Hamburgi vsitatas intueor, fere vnice in iure antiquo Germanico sedem suam habent, et a rationibus legum Romanarum abhorrent. Inde ergo eius iura petenda: inde aestimanda; non vero ex penu iurisprudentiæ Romanae exornanda, id quod

quod qui more SVTORII, REINKINGII, TIRAQVELLI aliorumque fecerunt, magis hanc doctrinam deprauarunt, quam illustrarunt. Qua de causa cum in animum induxerim meum, *retractum duplicem*, cuius fit mentio in *art. 61.* des Hamburgischen Land-Rechtes excutere et *fundamenta* eius euoluere, meum vtique erit, fontes eius genuinos, vnde manauit, in Germania quaerere, et ex iis potiores conclusiones, tanquam riuulos, deducere. Id quod duobus capitibus expediam, quorum alterum occupatum erit in *retractus gentilitii* fundamentis; alterum vero in *retractu vicinitatis.* Vtriusque sententiam exprimit *cit. art. 61.* sequentis tenoris: Welckehr een Erve verkopen will, de schall idt vorheer Vader und Moder, und den negsten Fründen, und dem negsten Naber, da hee up watert, ankündigen, und so ferne desülvigen dat Erve innerhalb 2. Mandt nicht besprecken werden, mag hee idt unverhindert verköpen, woer heen he will, und schall de Koop stede geholden werden. Huius itaque legis iam commentarium dabo. Faxit DEVS feliciter?

et Hamburgensi in agris vsitato

verba Statuti

CAPVT I.

DE

RETRACTVS GENTILITII IN AGRIS HAMBVRGENSIVM VSITATI FVNDAMENTO.

ARGVMENTVM.

I. De iure Hamburgensi, quod tam in vrbe quam in agris viget. II. Eius fontes. III. Retractus quid et quotuplex? IV.

IV. De retractu consanguinitatis apud Romanos. V. VI. Eius origo nec ex iure Canonico nec ex fauore familiae repetenda. VII. Nec ex moribus gentium vel in specie Iudaeorum. VIII. nec ex Constitutione Friderici, V. F. 13. et 14. IX. nec ex statutis particularibus. X. Eius Origo Germanica. Distinctio bonorum in acquisita et hereditaria. XI. XII. Bonorum hereditariorum varia appellatio. XIII. Huius distinctionis vsus intuitu facultatis alienandi. XIV. Bona hereditaria absque heredum consensu non alienanda. Dispositio iuris Saxonici, Hamburgensis, XV. nec non Lubecensis. XVI. XVII. Sine heredum consensu alienata a proximiori reuocantur. Alienatio in casu necessitatis permissa, saluo iure retractus. XVIII. Inde natales retractus gentilitii; XIX. quem ius Rom. ignorat. XX. Distinctione inter bona auita et acquisita sublata, eius vsus interiit. XXI. Eius reliquiae in bonis hereditariis. XXII. Indoles et vsus huius iuris. XXIII. Dispositio statuti Hamburgensis. XXIV. Consensus Ius Hamburgensis antiqui cum iure Germanico XXV. Quatenus ius nouius ab eodem recedat? Alienatio mortis causa bonorum hereditariorum sine heredum consensu interdicta. XXVI. Alienatio inter viuos gratuito facta aeque interdicta. XXVII. Venditio permissa, XXVIII. etiam absque heredum consensu. In agris Hamburgensibus absque horum consensu negatur. XXIX. Vox Erbe explicatur ex sententia statuti. XXX. Retractus etiam in bonis acquisitis obtinet. XXXI. Retractus exercetur secundum successorium edictum.

§. I.

§. I.

Ius, quod Hamburgensi in districtu obtinet, est duplex, alterum quod ipsam *urbem* concernit, eiusque ciues et incolas obligat, vocaturque das Stadt-Recht; alterum vero, quod obtinet in agris seu villis in territorio Hamburgensi sitis, vocaturque das Land-Recht; Hæ speciatim quidem recitantur in *art. I.* et comprehendunt die Undersaten wanhafftig in dem Billwerder, Ulschlage, Ossenwerder, Mohrwerder, und Finckenwerder, Mohrborg, Zaten, Barge, und Spaden-Lande. Sed non omnia loca in districtu Hamburgensi sita his recitatis absolui, plus quam manifestum est, cum incolæ in denen Ham- und Horner-Länder, proxime ipsam vrbem nostram attingentes haud referantur; adeoque sæpe etiam dubitetur, vtrum illos ius hoc, agris datum, quoque obliget, prout infra declarandi, et de peculiari natura et ratione horum locorum *cap. seq.* commodior agendi locus erit.

Ius Hamburgense duplex.

das Stadt-Recht.

das Land-Recht

cuius termini adferuntur.

§. II. Iura ipsa tum *vrbi* tum *agris* præscripta non prorsus conueniunt inter se. Habent quidem fontem communem, vnde tanquam riuuli plurima fluunt, *ius* scilicet *Saxonicum* h. e. antiquissimum ius Germaniæ commune; sed sicuti quælibet ciuitas suas rationes peculiares habet; ita paulatim propria quædam iuri communi in singulis locis et sic etiam Hamburgi superaddita, quædam pedetentim immutata, quædam etiam ex iure Romano recepta sunt. Ceterum iura antiqua Saxonum fontem communem legum Hamburgensium esse, tum ipsa conuenientia earundem cum illis docet, tum inprimis confirmat HELMOLDVS *in Chron. Slauor. lib. I. cap. 47.* apud LEIBNITIVM *tom. II. rer. Brunswic. p. 577.* aiens: *tres autem sunt Nordalbingorum populi, Stormarii, Holzati, Thetmarzi,*

Non conueniunt haec iura vbique

licet ex iure Saxonico antiquo fluant.

quod illustratur ex antiquitatibus

zi, *nec habitu nec lingua multum discrepantes*, TENENTES SAXONVM IVRA. Complectebatur olim dioecesis Hamburgensis hos tres populos, vt diserte IDEM *cit. l. c. 6.* testatur. *Nam praeter honorem Metropolitanae sedis, qua omnes nationes siue regna complectitur aquilonis, habet vtique Hammerburgensis ecclesia praescriptos terminos suae parochiae*, ULTIMAM SCIL. PARTEM SAXONIAE, *quae est trans Albiam, et dicitur Nordalbingia, continens tres populos, Tethmarsos, Holsatos, Stormarios.* Vltimam ergo partem Saxoniae dioecesis Hamburgensis complecti dicitur, adeoque non dubitandum, quin, quod vrbs cum agris in *terra Saxonica*, et *vltima* quidem *parte* Saxoniae sita, et iure communi Saxonico quoque vsa fuerit, quod etiam prae ceteris illustrauit, variisque testimoniis ostendit doctissimus D. MATTAEVS SCHLVTERVS vom Erb-Recht der Ehe-Leute tum *in prooemio §. 155. seqq.* tum *tit. II. et III.* Ex hoc fonte itaque in dubio ius vtrumque, tum quod in *vrbe* tum quod in *agris* Hamburgensium obtinet, explicandum, quatenus eidem conueniunt, et rationes suas inde petunt. Ipsa tamen iura, des Stadt- und Land-Rechts, in peculiaribus suis scitis vltra suum districtum et suos terminos haud extendenda, adeoque ius agris datum nec ad vrbem trahendum, nec temere huius peculiaria scita agris applicanda; vt praelaudatus SCHLVTERVS *loc. cit. tit. 3. §. 18. seq.* docet.

Ex hoc iure Statutum Hamburgense explicandum.

Retractus denominatio.

§. III. His positis, illud adhuc moneo, me hic potissimum sollicitum esse de *retractu in agris vsitato*. *Retractus a retrahendo* dicitur, eodem modo vt *contractus a contrahendo*. Est autem *retrahere*, rem ad se ab alio, qui in ea ius praetendebat, rursus reuocare, id quod quidem ex vario fieri potest iure, potissimum autem in sensu iuridico ex iure cuiusdam *praeferentiae*, vel in *consanguinitate* vel in aliis fundatae causis. STRYK.

de

de successf. ab intest. diss. VI. c. I. §. 2. vulgo das Näher-Recht, das Einstands-Recht. Dici alias etiam solet ius πρωτιμήσεως, quod tamen prædicatur primario de *præferentia, quæ per pactum venditori est speciatim reseruata.* Est enim retractus potissimum duplex vel *conuentionalis* vel *legalis.* Ille per *pactum*, hic per *legem* vel *statutum* constituitur. Ille tantum operatur, vt re adhuc integra, vel ea re nondum tradita, præferentiam prior venditor, qui hoc ius sibi reseruauit, præ extraneo sibi asserere, et prætendere possit, vt res vendenda sibi potius quam extraneo vendatur pro eodem pretio; non autem præbet facultatem rem reuocandi a tertio possessore, cui iam tradita est, quod ea pactorum non sit efficacia, vt contra tertium possessorem agi possit, sed tantum promittentem obliget. Diuersa vero *retractus legalis* ratio est; hæc enim non tantum ius, quod adductum est, tribuit, sed etiam concedit facultatem rem a tertio, cui iam tradita est, reuocandi, quod *legis* dispositio potentior sit *pactorum* obligatione.

est duplex vel conuentionalis vel legalis.

§. IV. Hic tantum agimus de *retractu legali*, quem ius nostrum *agris* concessit, et quidem ex iure *consanguinitatis*, vi cuius proximi consanguinei res immobiles extraneo venditas reuocare et prætendere possunt, vt sibi potius vendantur iisdem cum extraneo initis pactis, eodemque prorsus pretio. Natales huius iuris, quod *retractum gentilitium* vulgo vocant, obscurarunt admodum Dd. fluctuantes sententiæ et opiniones. Apud Romanos tale ius olim obtinuisse indicat *L. 14. C. de contrah. emt. et vend.* quæ docet, ante VALENTINIANI iunior. et THEODOSII M. tempora proximos consortesque extraneis in emtione prælatos fuisse. Enim vero non diu in republica Romana id viguisse multa demonstrant. Sub gentilibus Imperatoribus

Inter species legales retractus eminet consanguinitatis.

Romanis non diu cognitus.

toribus eius vsus non fuit, vt DIOCLETIANI constitutio relata in *L. 3. C. de commun. rer. alien.* docet. CONSTANTINVM primum fuisse arbitratur IACOBVS GOTHOFREDVS *in Comment. ad l. 1. C. Theodos. de contrah. emt. vend.* qui exemplo forsan legis Mosaicae inductus hoc in Christianam Rempublicam introducere studuit. Sed non diu stetit viguitque praedicta lex, quam anno 391. sustulerunt Imperatores ex ea ratione, *quia grauis haec videtur iniuria, quae inani honestatis colore velatur, vt homines de rebus suis facere aliquid cogantur inuiti.* Antiquarunt vero rursus hanc legem seculo X. CONSTANTINVS Porphyrogenneta, et ROMANVS Lacopenus in *Nov. I.* quam recitat LEVNCLAVIVS in *iure Graeco-Romano tom. II. p. 139.* particulam vero eius refert HARMENOPVLVS in *promtuar. iur. ciu. l. III. tit. 3. n. 118.* Certus ordo in hac Nouella est praescriptus iis, quibus praerogatiuam concesserunt, vt in re communi (I.) praeferantur proximi cognati: (II.) cognatis communionem non habentibus, socii: (III.) post hos qui tantum permixti sunt, h. e. quorum fundi quodammodo inclusi sunt fundis venditis: vel ita ab his circumdati, vt non commode separari queant, (IV.) Post hos simul censiti, seu quotquot sub eodem censore perscripti sunt et in censum publicum relati: denique (V.) vicini. Inde vero recte infert GOTHOFREDVS *cit. l.* ius hoc non *cognationi* fuisse datum sed *consortio*, *permixtioni* et *viciniae*; adeoque ad illustrandas natales retractus *gentilitii* nihil facit.

reinductus a Constantino Porphyro genneta.

Non fuit ex iure canonico.

§. V. Aliunde ergo fontes huius iuris sunt petendi. Si consulimus interpretes, incertis vt plurimum nauigant procellis, ita vt parum subsidii nobis suppeditare videantur. Quidam prouocant ad *ius canonicum*, quo hoc ius approbatum est *in c. 8. X. de restit. in integr.* Enim vero *consuetudinis municipii Parrosinensis* ibidem fit mentio, qua hoc ius approbatum erat

erat, quæ ad Germaniæ praxin nihil omnino confert. Tantum id euincit hic textus, ius hoc non adeo iniquum esse, sed consuetudinem, vbi hæc viget, obseruandam. Alii ad fauorem *familiæ* prouocant, constituentes, *cognationis* et *proximitatis* habendam esse rationem: statutum cognationis causa introductum fauorabile esse: et consuetudinem retractus tanquam generis, familiæ, nominis et domus conseruatricem fouendam: satis lugubre et deplorandum fore, videre paternas et auitas domus, ac antiqua maiorum prædia in extraneas peruenire manus in his etiam, quæ fuerunt maiorum nostrorum, nos esse exteris singulari quadam in eos affectione præferendos. SVTORIVS *de retractu thes. 3. 4. 11.* TIRAQVELL. *de retractu linear. in præfat. p 8. n. 36.* Conglomerat plures alias iuris rationes TIRAQVELLVS *cit. l. n. 37. sqq.* quæ rebus maiorum fauere videntur, veluti, quod mandatum procuratori datum repudiandi, non trahatur ad res maiorum: quod sola prohibitio, ne res maiorum alienetur, sufficiat, licet nulla prohibitionis causa addatur: quod vbi agitur de remittenda quantitate debiti, suffragia consanguineorum præferri debeant extraneis, et quæ sunt aliæ huius farinæ assertiones.

nec ex fauore familiæ.

§. VI. Omnes expositæ rationes fundantur vel in fauore *consanguinitatis* vel in peculiari *affectionis* ratione, quæ tamen per se non euincunt *ius constitutum*, nec necessitatem tale ius constituendi, sed vel *suasoriæ* tantum sunt, quibus legislator moueri et induci posset ad tale ius introducendum, vel *iustificæ* si tale ius constitutum est, quibus demonstretur, non inique retractum consanguineis concessum esse. Enimuero de eo non quærimus, quid constitui possit? nec in quæstione est, an tale ius rationabile sit? sed potius in *originem et fundamentum adæquatum*, quo apud Germanos tale ius constitutum est, in

Fauor familiæ aut affectio per se non vincunt ius constitutum.

inquirimus, quod in huiusmodi ratiunculis certe quaeri non potest. Si magnus est fauor *consanguinitatis*, non leuis quoque est fauor *fidei* datae, et contractuum seruandorum curae: *affectio* sola nemini ius tribuit perfectum prae extraneo, et quae a TIRAQVELLO sine iudicio accumulantur assertiones, rem non explicant, sed vaga collectanea suppeditant, ex quibus nulla certa conclusio in hac doctrina necti potest.

Nec mores gentium certum fundamentum praebent.

§. VII. Quidam recurrunt ad mores gentium communes, animaduertentes, simile ius retrahendi apud plures gentes hodie obtinere, quarum nonnullas memorat ANDREAS TIRAQVELLVS *cit. l. in praef. num. 1.* Immo adeo antiquitate sua sese hoc ius commendare ait REINKING *de retractu consangu. qu. 1. n. 9. sqq.* vt iam eius natales in *politia Iudaica* reperiantur, et ita *legum diuinarum* auctoritate praefulgeant. *Lev. XXV, 25. Ruth.* IV, 4. *Ier.* XXXII, 7. *sq.* Ab Hebraeis postea ius idem transiisse ad Graecos. ab his ad Romanos peruenisse, rursusque a Romanis aliis gentibus communicatum et inde factum forsan fuisse, vt in *ius gentilitium* fere mutatum fuerit, idem docet. Plura in hac relatione supponuntur erronea et fabulosa. Non enim statim iuris gentium dici potest, quod apud plures gentes receptum. Ius tale rectius *ciuile plurium gentium* dici posse ait GROTIVS, quod vel vna gens ab altera simile ius receperit, vel tantum simile ius esse videatur, cum tamen non sit idem. In Republica Iudaica *ius reluitionis* praescriptum, peculiares suas rationes, a nobis prorsus alienas, habebat. Ad leges fundamentales huius Reipublicae *lex agraria* spectabat, cuius primario capite cautum erat, ne fundi in perpetuum alienari possent. Qui necessitate adacti alienauerant agrum, illum redimere poterant, vt ad veteres dominos transiret. Si inops autem dominus redimere alienatum fundum non poterat, agnati suo aere illum intra

nec politia Iudaica.

iuris Iudaici singularis ratio.

intra annum reluebant. Immo *annus Iubilaeus* tandem omnia pauperibus restituebat, ne paucorum auaritia omnia ad se raperet, pauperes vero opprimerentur, quorum magnam curam Deus habuit. Non inepte censuit LEIDEKKER *de republ. Hebr. lib. V. c. II.* magis vsum fundorum eorumque fructus venditos fuisse, quam *plenam proprietatem* alienatam, cuius alienatio erat nulla. Quae quidem iuris Hebraici rationes ostendunt, singulares admodum huius retractus fuisse conditiones et circumstantias, aliis gentibus haud communes. Quis ergo sibi aliisque persuaderet, ab his ad Graecos, et horum propagine ad Romanos aliasque gentes idem ius peragrasse, cum ne quidem idem ius gentes, quibus *ius retractus* vsitatum fuit, habuerint. Habuere Germani sua propria instituta, ex quibus ius reluendi proximiori indulgebant, non eodem cum Hebraeis modo. Immo antequam ius Romanum, secundum quod ne quidem retractus, nisi breui admodum tempore vsum habuit, Germanis obtruderetur, ex legibus domesticis iam praxin retrahendi exercuere, et ex eodem fonte hodie quoque idem ius in viridi est obseruantia.

Nec peti potest hic retractus ex constitutione Friderici.

§. VIII. Rursus alii recurrunt ad constitutionem FRIDERICI *5. Feud. 13. et 14.* relatam, quae agit de iure πρετιμήσεως. De eius autem obseruantia et vsu pluribus disputat REINKING. *cit. l. n. 23. sqq.* quamquam haec contentio meo iudicio satis otiosa sit. Legem enim hanc Italis latam fuisse quis ignorat? Non ergo quaeritur, an in Italia vsum habuerit, sed an Germani fontem sui iuris, quod in retrahendo exercent, petere exinde debeant. Hoc ius Germanis iam vsitatum fuit, antequam FRIDERICVS hanc ederet constitutionem, nec quod ius Italis datum, Germanis quoque datum fuisse, asserendum est. Denique quid inconuenientius est, quam fundamenta huius iuris

petere

petere ex Italia, cuius propriam rationem ab omni æuo Germania habuit?

Nec denique debetur Statutis particularibus.

§. IX. Tandem plures eo dilabuntur, vt censeant, *non iuri communi* aut *constitutionibus Principum*, sed *consuetudinibus* et *Statutis locorum* illud vnice adscribendum esse. GAIL. *lib. 2. obs. 19. n. 1.* BERLICH. *P. 2. concl. 39 n 12.* Rationes qui ita subducunt, 1.) in eo errant, quod opinentur, tantum ius Romanum esse *ius commune*, quem errorem iam dudum alii profligarunt, cum *ius Germanicum antiquum* in sensu potentiori *ius commune* censendum sit. 2.) Etiam *consuetudinibus*, maxime *vniuersalibus*, suæ rationes sunt, quæ potissimum ex moribus et institutis populorum vniformibus nascuntur. Hæc ergo indaganda, hæc euoluenda, vt consuetudinum Germanicarum sua stet certitudo et auctoritas. 3.) Statuta primario quidem in hac doctrina respicienda, quæ hoc ius varie determinant, et pedetentim plura in eo innouarunt, et mutarunt, prout particulares ciuitatum rationes id postularunt; ast ex quo fonte hæc statuta profluxerint, primario indagandum erat. Sunt in plerisque Germaniæ ciuitatibus statuta de *successione coniugum* et certa iis assignata portione ex communibus coniugum bonis, quæ *caussam communem* habent, fundatam in *communione bonorum* inter coniuges, olim per totam Germaniam vsitatam. Hoc itaque fundamento adstructo, huius statuti sensus perspicuus est, omnesque inde resultantes difficultates superari possunt. Pari etiam ratione statuta de hoc *retractu vniuersalem caussam* agnoscere debent, cum conclamatum sit, vix deesse prouinciam, in qua eius ratio non habeatur.

Germani in immobilibus

§. X. Qua de caussa perueniamus tandem ad ipsa *instituta Germaniæ antiqua*, quæ originem huic iuri dedere. Bona, vt notum

notum eſt, ſunt vel *mobilia* vel *immobilia*. In his primarium Germani patrimonium conſtituerunt, operamque dederunt, ne temere alienarentur. Mobilium non æque curam habuerunt, vtpote quæ vel facile conſumuntur, vel ea affectione ſaltem vt immobilia non appetuntur, vti optime obſeruarunt THOMASIVS *in ſelect. feud.* §. *VI. p. 13 ſq.* et SCHLVTER vom unbeweglichen Güthern *P. I. l. 1.* §. *5.* Immobilia maiores in duas diſtinxerunt claſſes: nempe quod eſſent vel nouiter *acquiſita* vel *hereditaria*. Illa dicuntur, quæ a præſente poſſeſſore nouiter acquiſita ſunt titulo ſingulari legitimo; vid COTHMAN. *vol. 1. reſp. 38. vol. 2. reſp. 12. n. 13.* quæ enim titulo *vniuerſali*, vel ſimili, ſunt potius *hereditaria* dicenda. Iure Hamburgenſi *P. III. tit. 1.* §. *7*, hæc bona euidenter ſatis diſtinguuntur. Und wird diß-falls für Erbgut gehalten und genennet, nicht allein was iemand von ſeinen Eltern oder nechſten Freunden durch tödtliche Fälle angeerbet, ſondern auch, mit was Gute die Eltern ihre Kinder, oder die nechſte Freunde ihre nechſte Erben; bey deroſelben Wollmacht berathen und ausgeſteuret haben. Aber was ſonſten aus ſonderlicher Gunſt und Zuneigung gegeben wird, oder durch Vernunft und ſorgfältige Arbeit von iemand erworben, das darf man für kein Erbgut rechnen oder halten. In antiquis diplomatibus ſæpius vtriusque patrimonii iniicitur expreſſa mentio, certo indicio, Germanos, Galloſque diſtinctionis huius admodum rationem habuiſſe. In *formulis* MARCVLFI *lib. I. c. 12.* tres bonorum ſpecies referuntur: 1.) quæ aut *munere regio* 2.) aut *de alode parentum*, vel 3.) *vndecunque* ad præſens tenere videntur. Prima ſpecies *feudalia*, ſecunda *hereditaria*, tertia denique *acquiſita* denotat atque innuit. IDEM. *lib. II. c. 7.* itidem diſtinguit facultates, tam de *alode*, quam *de comparato* et poſt pauca ita diſſerit: *dono tibi omni corpore facultatis meæ vbicunque, vndecunque, tam de hereditate parentum, quam de comparato vel quod pariter laboravimus*

primarium conſtituere patrimonium.

ſunt vel acquiſita vel hereditaria.

diſtinctio declaratur ex Statuto Hamburgenſi,

et antiquis formulis.

ut et capitularibus. *uimus.* In præcepto CLODOVEI, quod recitat CAROLVS COINTIVS *tom. I. Annal. Franc. eccles. ad ann. 496. n. 3. p. 173. sqq.* fit mentio bonorum, quæ hereditate vel iudicio fuerint delegata, *tam ex munere nostro* (regio) *quam de paterno et proprio vel in reliquum de comparato.* In CAROLI *calui capitul. de anno 860. tit. 31. c. 7. apud* BALVTZ. *tom. II. capit. p. 144.* eadem distinctio occurrit: *et illorum alodes de hereditate et de conquisitu.* Similiter *tit. 32. c. 4 p. 145. alodes illorum quos de hereditate et de tali conquisitu qui de nostra donatione non venit, habuerunt.* Itemque *lib. I. formul.* iam alleg. MARCVLF. *c. 33. p. 392. tam quod regio munere perceperat, quam et quod per venditionis, donationis, cessionis, commutationis titulum vel de alode parentum possidebat.* In *append. Formul. p. 461. c. 46 Quidquid ex accessione parentum aut ex contractu habebat* et *c. 47. tam ex alode parentum meorum, quam ex meo contractu mihi obuenit et c. 49. p. 463. omnes res meas, tam ex alode parentum, quam ex meo contractu mihi obueniunt.* Item *c. 52. p. 464. tam de alode quam de comparato vel de quolibet adtractu.*

Alode olim bona hereditaria denotauit §. XI. Textus itaque adducti docent, appellationem *alode*, quatenus *comparato* opponitur, *bona hereditaria* denotare, quamuis generalior acceptio nonnunquam quæuis *propria* bona, *feudalibus* opposita, complectatur. Simili ratione etiam in idiomate nostro bona hereditaria variis appellationibus veniunt. Nam (I.) vocantur Stamm-Güther, cum anstammen idem sit ac erben, iuxta vulgatum illud: Was einmahl in den Stamm gekommen, muß bey den Stamme bleiben. Ius Electorale Saxonicum huc alludit *P. II. c. 2.* Stamm-Güther sind solche Güther, welche der Donator nicht selbst acquiriret oder erlanget, sondern die von seinen Vorfahren als Groß-Vater und dergleichen gewonnen, und von denselben ihren Ursprung haben. Rursus *P. II. const.*

item Stamm-Güther,

const. 31. Jedoch daß unter Stamm-Güther diese verstanden werden, die nicht von Eltern allein, sondern von Groß-Eltern gekommen. Non ergo 1.) *bona fideicommissaria* tantum, vt censuisse videtur KNIPSCHILD *de fideic. famil. cap. I. n. 13. sqq.* nec 2.) *bona agnatica* hac adpellatione veniunt, vt IDEM *c. 9. n. 5. sqq.* statuisse videtur; sed quandoque tantum *gentilitia* in masculos solum transitoria, quandoque in genere *hereditaria* denotant. (II.) Vocantur etiam κατ' ἐξοχὴν eigen, eodem sensu, quo *alode* primario bona *hereditaria* significat, vt antea monui. Occurrit in hoc sensu *lib. I. art. 34.* sein eigen h. e. *alode*, bona auita, hereditaria. Eigen

§. XII. Iure Hamburgens. talia bona (III.) vocantur Erb-Güther, vt docent *art. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. P. III. tit. I.* Videlicet quae *iure hereditario* acquisita vel *quasi hereditario*; nam etiam in *dotem* data huc pertinent, die Aussteuer. Latior est appellatio vocis Erbe, quae inprimis bona immobilia, quocunque modo acquisita, denotat, vt ostendit *art. 3. P. II. tit. VIII Stat. Hamb.* Wer sein Erbe, es sey Brau- oder Wohn-Hauß, so er geerbet, befreiet, oder auch mit seinen wohlgewonnenen Gelde an sich gebracht, verkauffen will ꝛc. In *cod. MSct. Stat. Hamb.* antiquissimo, quem quondam possedit Cancellarius huius Academiae IO. PETR. A LVDEWIG, dicitur: *tit.* vom Erbe, Egen ꝛc. *lit. G. art. 1.* So wel sin ERVE, dat ehme nicht angeervet iß, verkoven will etc. item *tit. cit. art. 5.* So wer ein Man efte Fruwe ERVE köpen etc. Neque vero tantum praedia *vrbana* vocantur Erbe, sed etiam *rustica*, vt docet SCHLVTER von unbeweglichen Güthern *P. 1. tit. 1. p. 23.* Vnde etiam beerbte Bürger alibi vocantur possessores rerum immobilium, Güther die jemand erb- und eigenthümlich zugehören. Erb-Güther vox Erbe latior est.

Vſum huius diſtinctionis quæſiuerunt Germani in facultate alienandi.

§. XIII. Diſcrimen horum bonorum primario quæſitum fuit in *alienatione* eorundem, quæ quidem libera fuit in *acquiſitis*, negata autem vel ſaltim reſtricta in *hereditariis*, ad minimum ne ſine *heredum conſenſu* alienentur ſecundum antiquum iuris prouerbium: Was einmahl in den Erbgang gekommen, soll in denselben verbleiben. Studuerunt inprimis Germani, ne *bona hereditaria* heredibus legitimis ſubtraherentur, et inprimis agnatis, pro quorum conſeruatione admodum ſolliciti erant.

hereditaria familiæ reſeruata.

Immo olim ne quidem filiæ in iis ſuccedebant ſed excludebantur. In lege *Ripuar. 3 tit. 56.* ita cauetur: *ſed dum virilis ſexus extiterit, femina in hereditatem auiaticam non ſuccedat*, h. e. *in bona hereditaria* als väterliche Stamm-Güther. Docet idem MARCVLFVS in *Form. l. 2. c. 12. diuturna, ſed impia, inter nos conſuetudo tenetur, vt de terra paterna ſorores cum fratribus portionem non habeant.* IDEM *cit. l. c. 10. dum et per legem cum ceteris filiis meis, auunculis veſtris, in alode meo* (quod primario *bona hereditaria* denotat) *accedere minime potueritis;* quibus verbis indigitabat, filiarum liberos cum ſuis auunculis ſeu matris fratribus ſuccedere per legem non potuiſſe in *bonis hereditariis.* *Acquiſitorum* diuerſa erat ratio, quæ liberæ diſpoſitioni poſſeſſoris relinquebant, quod nondum heredibus legitimis in iis ius eſſet quæſitum, et quibus demum in ea ius acquirebatur, *iure hereditario.* Veſtigia huius iuris antiqui in multis ſuperſunt locis, maxime inter nobiles *immediatos*, immo et *mediatos*, quod vel ex *iure Bremenſi nobilium* liquet adducto a B. STRYK. in *vſu mod. tit. de ſuis et legit. hered. §. 3.* ſecundum quod die Erb-Stamm-Güther tantum ad *agnatos*, et in horum defectu demum ad *cognatos* deuoluuntur; acquiſita vero ad liberos vtriusque ſexus. Ius Romanum, quod diſtinctionem inter *agnatos* et *cognatos* ſuſtulit, hinc inde plura innouauit, effecitque vt in plurimis locis *bona hereditaria* indiſtincte heredi-

acquiſita libera alienabantur.

ſed ius Romanum multa hic innouauit.

redibus legitimis obueniant, nec fine horum consensu alienari queant.

§. XIV. In iure *Saxon. Prouinc. lib. I. art. 34.* ius antiquum repetitum Ane des Richters Orloff mach eyn Man sin egen wol vergeuen mit Eruen Geloffte, h. e. cum heredum consensu. Porro *lib. 1. art. 52.* Ane Erven Geloff, und ane echte Dinck, mot nymant sin Egen noch sine Lüde geven. Gevet he id weder Recht ane Erven Geloff, de Erven underwindens sick mit rechten Ordelen, also oft he dot wer (quasi mortuus esset) de dat gaff, so he is nicht geven en moste. Alle varnde have gevet eyn Mann ane der Erven Geloff ꝛc. Sic itaque bona *mobilia* facilius alienari possunt quam *immobilia*, quod etiam Serenissimus Legislator Saxoniæ Electoralis *P. II. const. 12.* repetiit. Wie den aus eben diesen Ursachen das Sachsen-Recht, so von unbeweglichen Gütern redet, auf die beweglichen nicht zu erstrecken. Iure Hamburgensi ius antiquum Germaniæ retentum et libera quidem dispositio de bonis *acquisitis* non item de *hereditariis* permissa est. Expresse enim *P. III. Tit. I. art. 4.* ita cautum est: Ferner mag ein jeglicher, er sey gesund oder kranck, doch bey guter ungeschwächter Vernunfft, in seinen Testament, welches er obgesetzter massen verordnet, seine wohl gewonnene Güther, nach Abziehung der Schulden hingeben, wie und welchem er will, ohne einigen Einspruch und Hinderung, aber vom Erb-Gut ist niemand, vermüge dieser Stadt-Rechten, ohne seiner nechsten Erben Erlaubnüß oder Bewilligung zu testiren bemächtiget, sondern dasselbe seinen rechten Erben ungeschmälert zu lassen schuldig. In re ipsa quidem ius Hamburgense cum *iure Saxonico antiquo* conuenit; in eo autem tantum discrepat, quod de *acquisitis* libera relicta permissaque possessori dispositio, er sey gesund oder kranck, id quod ex iuris Romani principiis superadditum est. Nam iure Saxon. *l. I. art. 32.* infirmus et

Iuris Saxonici dispositio de hereditariis non alienandis absque heredum consensu.

item statuti Hamburgensis iuri antiquo conformis

ægrotus nihil amplius donare poterat, quod pluribus explicauit IO. PETR. a LVDEWIG *in Differ. iur. Rom. et Germ. de donation. p. 96* Declarantur vlterius iuris antiqui scita in *art. 5. tit. I. P. III. Stat. Hamb.* Hätte auch jemand Erbgut empfangen, und darzu Gut gewonnen, so soll und mag er seinen rechten Erben zukehren, so viel er zu Erb empfangen, oder mehr, ob er will, und das übrige hinwenden und geben, wohin es ihm beliebet und gefällig ist. In *Codice MSCto* supra laudato Tit. Vann Vertruwinghe und Erffschichtinghe *lit. I. art. 6.* idem etiam prouisum paulo specialius; Allerhande Erve effte gudt, dat einem Manne ahnfallen mach, edder anfället van sinen Oldern effte Fründen, dat hedt, Erffgut, und welcken Manne sodane Guedt ankumpt, de nicht hoch genog tho Stadt-Rechte iß beseten, de mach dat nicht verkopen, edder in Liffgedinghe keren, ahne siner rechten Erven Vulbordt, und de dat gudt van sick andtwordet, de schal ok weten, wor dat gudt werde belecht up dat idt den rechten Erven nicht werde entferdiget. Porro *l. c. art. 18.* So wann ein Mann sin Dingk berichten will, he sy gesund effte kranck, de schall sine schuldt allererst gelden, darnegest heft he wol tho gevende dorch Gott und sinen armen Fründen, so vell he will, und dat schall he geven van sinen gewunnen Gude, In Glossa MSCta hæc adduntur: Wente Erffgudt schall wedder tho den Erven kamen, den he dat nicht entfrembden mach, wo in mehr steden vorclaret werdt, und dat Landrecht in velen Artickeln mitbringet, und sünderges im andern Bocke c. 95. Derhalven dat sülnige Bock an mennigen steden beschedet, dat man der Seele ehr deel geven schall van varender have. Wo dat den wer dede van Erffgude ahne Willen der Erven, de dede duffs, in deme he nich geve, van dem sinen, sündern van eines andren Gude. Et recte ita explicat Glossator ius nostrum ex *iure communi Germanico* seu *Saxonico*, indeque infert, eum qui de hereditariis aliquid in alterum transfert, magis de alie-

nis (quod secundum quid accipiendum) quam de propriis disponere.

§. XV. Conspirat ius *Lubecense*, vt pote quod eundem cum statuto Hamburgensi fontem habet. De bonis enim acquisitis *lib. 1. tit. 10. art. 3.* ita cauet: Hat ein Mann wohl gewonnen Guth, es seyn liegende Gründe oder stehende Erbe, welches ihm in den obristen Stadt-Buche als erkaufft Guth zugeschrieben stehet, der mag damit seines gefallens gebahren nicht anders als mit seiner fahrenden Haabe, doch so ferne er zu Wege und Stege gehet, und seiner Sinne und Gliedmassen mächtig ist nach Lübischen Rechte. Quoad *hereditaria* vero *ibidem art. 6.* libera dispositio possessoribus est adempta: solch Erbgut mag man ohne der Erben Erlaubniß nicht alieniren, es erforderte den solches, die äusserste ehrhaffte Noth. Dem nun das Erbgut zugehöret, muß bey seinen Eyde daß er sonsten kein ander Guth habe, darzu er greiffen könne, versichern. Wenn solches geschiehet, so haben die nechsten Erben den Kauff daran, wenn sie wollen, doch vor so viel Geld, als fremde dafür geben wollen.

Consensus iuris Lubecensis.

§. XVI. Hæc iuris Lubecensis dispositio proximius ad iuris antiqui scita accessit eorumque mentem assecuta est. Ratio autem horum bonorum peculiaris hæc erat, quod alienare inuitis proximis cognatis non possent; si fieret alienatio erat ipso iure nulla, vt recte censuit MEVIVS *ad cit. l. n. 82.* et B. a LVDEWIG, *cit. l. p. 99. §. 7.* illustrauit. Vnde etiam nec *retractu* hoc casu opus erat, sed simpliciter res vindicari, et quidem *statim*, poterat, quasi alienans foret mortuus, vt ius Saxonicum antiquum rationes subducit, et idem repetit *ius Lubec. P. III. tit. VII. art. 2.* Wäre ihm das Haus oder Erbe von seinen Vorfahren angeerbet, so kan er dasselbe ohne seiner Kinder und Erben Laub

Hereditaria alienata sine consensu heredum, reuocari poterant a proximiori.

ægrotus nihil amplius donare poterat, quod pluribus explicauit IO. PETR. a LVDEWIG *in Differ. iur. Rom. et Germ. de donation. p. 96.* Declarantur vlterius iuris antiqui scita in *art. 5. tit. I. P. III. Stat. Hamb.* Hätte auch jemand Erbgut empfangen, und darzu Gut gewonnen, so soll und mag er seinen rechten Erben zukehren, so viel er zu Erb empfangen, oder mehr, ob er will, und das übrige hinwenden und geben, wohin es ihm beliebet und gefällig ist. In *Codice MSCto* supra laudato Tit. Vann Vertruwinghe und Erffschichtinghe *lit. I. art. 6.* idem etiam prouisum paulo specialius; Allerhande Erve effte gudt, dat einem Manne ahnfallen mach, edder anfället van sinen Oldern effte Fründen, dat hedt, Erffgut, und welcken Manne sodane Guedt ankumpt, de nicht hoch genog tho Stadt-Rechte iß beseten, de mach dat nicht verkopen, edder in Liffgedinghe keren, ahne siner rechten Erven Vulbordt, und de dat gudt van sick andtwordet, de schal ok weten, wor dat gudt werde belecht up dat idt den rechten Erven nicht werde entferdiget. Porro *l. c. art. 18.* So wann ein Mann sin Dingk berichten will, he sy gesund effte kranck, de schall sine schuldt allererst gelden, darnegest hefft he wol tho gevende derch Gott und sinen armen Fründen, so vell he will, und dat schall he geven van sinen gewunnen Gude, In Glossa MSCta hæc adduntur: Wente Erffgudt schall wedder tho den Erven kamen, den he dat nicht entfrembden mach, wo in mehr steden vorclaret werdt, und dat Landrecht in velen Artickeln mitbringet, und sünderges im andern Bocke c. 95. Derhalven dat sülvige Beck an mennigen steden beschedet, dat man der Seele ehr deel geven schall van varender have. Wo dat den wer dede van Erffgude ahne Willen der Erven, de dede duffs, in deme he nich geve, van dem sinen, sündern van eines andren Gude. Et recte ita explicat Glossator ius nostrum ex *iure communi Germanico* seu *Saxonico*, indeque infert, eum qui de hereditariis aliquid in alterum transfert, magis de alienis

nis (quod secundum quid accipiendum) quam de propriis disponere.

Consensus iuris Lubecensis.

§. XV. Conspirat ius *Lubecense*, vt pote quod eundem cum statuto Hamburgensi fontem habet. De bonis enim acquisitis *lib. 1. tit. 10. art. 3.* ita cauet: Hat ein Mann wohl gewonnen Guth, es seyn liegende Gründe oder stehende Erbe, welches ihm in den obristen Stadt-Buche als erkaufft Guth zugeschrieben stehet, der mag damit seines gefallens gebahren nicht anders als mit seiner fahrenden Haabe, doch so ferne er zu Wege und Stege gehet, und seiner Sinne und Gliedmassen mächtig ist nach Lübkischen Rechte. Quoad *hereditaria* vera *ibidem art. 6.* libera dispositio possessoribus est adempta: solch Erbgut mag man ohne der Erben Erlaubniß nicht alieniren, es erforderte den solches, die äusserste ehrhaffte Noth. Dem nun das Erbgut zugehöret, muß bey seinen Eyde daß er sonsten kein ander Guth habe, darzu er greiffen könne, versichern. Wenn solches geschiehet, so haben die nechsten Erben den Kauff daran, wenn sie wollen, doch vor so viel Geld, als fremde dafür geben wollen.

Hereditaria alienata sine consensu heredum, reuocari poterant a proximiori.

§. XVI. Hæc iuris Lubecensis dispositio proximius ad iuris antiqui scita accessit eorumque mentem assecuta est. Ratio autem horum bonorum peculiaris hæc erat, quod alienare inuitis proximis cognatis non possent; si fieret alienatio erat ipso iure nulla, vt recte censuit MEVIVS *ad cit. l. n. 82.* et B. a LVDEWIG, *cit. l. p. 99. §. 7.* illustrauit. Vnde etiam nec *retractu* hoc casu opus erat, sed simpliciter res vindicari, et quidem *statim*, poterat, quasi alienans foret mortuus, vt ius Saxonicum antiquum rationes subducit, et idem repetit *ius Lubec. P. III. tit. VII. art. 2.* Wäre ihm das Haus oder Erbe von seinen Vorfahren angeerbet, so kan er dasselbe ohne seiner Kinder und Erben

Laub

Laub, nicht veräussern, sondern es muß bey dem Erbgange bleiben. Excipiebant tamen casum *necessitatis* Germani et quidem optima ratione, quod debiti soluendi vel alterius necessitatis exstare posset casus quem euitare horum bonorum possessor non posset, quo casu admodum durum fuisset, ita constringere Dominum, vt egere nosceretur, praesertim cum casus necessitatis omnem dispositionem limitaret. Ne tamen, quod familiae quaesitum erat, ius interuerteretur, magis idoneum temperamentum vix excogitari potuit, quam *retractus* seu ius *protimiseos*, quo et indigentiae possessoris succurreretur, et ius heredum quodammodo intactum et incolume seruabatur.

excepto necessitatis casu

saluo tamen retractu gentilitio.

§. XVII. Quae speciatim de iure Lubecensi tradidi, iuris antiqui communis sententia fuisse videtur. Alienationem enim omnem in his bonis fuisse interdictam, supra simul demonstraui. Inde fluxit ius vindicandi bona a quouis possessore, sine heredum consensu alienata, vtpote quorum dominium haud erat translatum. Vti vero in §. *antecedenti* monui, veteres Germanos excepisse sine dubio *casum necessitatis*, quippe qui secundum rectae rationis ductum omnem alienationis prohibitionem limitat et restringit, eosque etiam hoc casu iustum putasse, vt proximis heredibus praerogatiua prae extraneo daretur, ita hoc ius antiquum maiores quoque nostri agnouerunt, vt *codex MSct. stat. Hamb.* supra laudatus *tit.* vann Erve, Egen ꝛc. *art. 5. lit. G.* docet: So wor een Mann effte Fruwe Erve köpen, des sin se wäldich tho gevende und tho sellende wen se willen, de wile se beide leven. Wen averst ehrer ene stervet, so het idt Erffgudt, so dane Erffgudt alse hier schreven steidt, mach nemand setten sellen ohne Erven Verloff, idt en si dat idt ehme noedt do dem de idt höret, de noedt schall he bewisen mit ehrhafftigen Lüden, und verkopen dat wen he will. Jedoch dat de nögesten Erven des Kopes sin. Hoc itaque

Quod illustratur vlterius

inprimis ex statutis antiquis Hamburgensibus.

itaque iure ante omnia legitima probanda erat necessitas testibus fide dignis, et hac demum probata, alienatio permissa erat saluo iure protimiseos. Vnde etiam non poterat non causæ cognitio et sententia iudicis præmitti, quia *probatio necessitatis* desiderabatur.

Inde originem traxit retractus gentilitius.

§. XVIII. His vero præsuppositis, iam fontes huius iuris *retractus gentilitii* aperui ostendique, illum ex qualitate *bonorum hereditariorum* fluxisse, et quidem in casu, quo alienatio eorum erat licita et permissa. Sed hic fere tantum ad *emtionem* restringebatur, quippe qua necessitati, quæ solummodo alienandi facultatem possessori dabat, vnice consuli poterat. De *donatione* frustra quærebatur, quæ *necessitatem* nullam arguit, et ex *libera voluntate*, plerumque fieri solet, nullo necessitatis duro telo vrgente. Neque etiam de alienatione per *vltimam voluntatem* quæstio moueri poterat, quod olim testamenta non essent in vsu, sed demum ex iure Romano in Germania inualuerint. Libera etiam dispositio in *acquisitis* singulis erat permissa, nec vllum agnatis seu heredibus legitimis ius in his quæsitum: quo ipso fiebat, vt *ius retractus* quoque in iis haud obtineret, quippe quo tantum gaudebant propter ius illud in *bonis hereditariis* quæsitum.

Germanis proprius, non item Romanis.

§. XIX. Quæ ratio sicut Germanis aliisque populis communis fuit, ita non mirandum est, retractum per varias gentes dilatatum, Romanis vero incognitum fuisse, vtpote quorum principiis non æque respondebat. Ignorabant enim differentiam inter bona *acquisita* et *hereditaria*. Potestatem vero æqualem dominis de suis rebus et facultatibus disponendi concedebant, et dominii sui *libertatem*. Quiritibus admodum

modum conuenientem, in eo collocabant, quod pro lubitu inter viuos et mortis cauſa, maxime per teſtamenta, illa in quemcunque transferre poſſent. Excogitata quidem tandem ſunt *fideicommiſſa*, quae ſorti bonorum alienabilium ea eximerent, quae familiae et gentis vſibus erant deſtinata; ſed haec qualitas bonis ſuperaddita demum id efficiebat, quod apud Germanos ſola *qualitas hereditaria* operabatur. Ex his itaque manifeſtum eſt, Romani iuris ſcita a Germanorum inſtitutis fuiſſe alieniſſima.

Turbata iure Romano in foris Germaniae data.

§. XX. Quae cum ita ſint, facile coniectura quilibet aſſequi poteſt, inſignes motus, confuſionem et turbas excitaſſe ius Romanum, poſtquam ad fora Germanica pedetentim tractum eſt. Quouis enim modo hoc libertati alienandi bona quaeuis fauebat: ius Germanicum autem reclamabat, repugnabat, contradicebat. Porro teſtamenta commendabat ius Romanum, ſuadebatque, teſtandique *libertatem* alebat et promouebat *l. 1. C. de SS. eccleſ.* cui principia iuris Germanici aduerſabantur quoad bona *hereditaria*. In hac vtriusque iuris lucta, plerisque in locis praeualuit ius Romanum, effecitque vt differentia inter bona *acquiſita* et *hereditaria* euileſceret, et libertas ea alienandi, ſoli iuri Romano propria, in plerisque prouinciis contra iura patria introduceretur, ita tamen vt quaedam iuris priſtini veſtigia, quae magis *ruinae* et *rudera* iuris Germanici fuere, relinquerentur. Verum enimvero corruptio haec vnice debetur ICtis, qui ſolis iuris Romani traditis operam dederunt, iura patria prorſus neglexerunt, et omnes in id fuerunt, vt *ius peregrinum*, ex praeconcepta opinione de praeſtantia huius iuris, principatum prae iure patrio haberet. Inprimis etiam iudicia plerorumque locorum iudicibus huiusmodi erant obnoxia, qui vnice iuri Romano operam naua-

quae diſtinctionem inter bona ſuſtulerunt

cooperantibus ICtis

nauarunt, quique neglecto iure Germanico, ius, quo imbuti erant, applicare studuerunt. Ostendunt id ipsum quoque glossatores, qui varia dubia ad *ius Saxonicum prouinciale* mouerunt ex principiis iuris Romani, a iure Germanico alienis. Sic enim GLOSSATOR ad *lib. 1. art. 34. iur. Saxon.* philosophatur. Hie möchstu fragen, wie mag der Richter einen darzu zwingen, daß er dieses behalten muß, weil doch nichtes redlichers ist (secundum iuris Romani principia) den daß ein jeder Macht habe sein eigen Guth seinen Willen nach zulassen oder zu vergeben. Hac ratione hoc dubium inepte resoluit glossator, quia iuris patrii principiis haud sufficienter imbutus fuit. Petiit rationem dubitandi ex *iure peregrino*, quam facili negotio declinare potuisset, si ostendisset, iure Germanico, talem liberam alienandi potestatem non obtinuisse in *bonis hereditariis*. Pari modo etiam antiquus glossator ad *cod. MSCt. stat. Hamb.* Tit. van Erve, Egen ꝛc. *art. 1.* ita rationes subducit: Hirjegen schinet de Regel des gemenen Rechtes: (intelligit ius Romanum) de recht hefft een Dinck tho vorgevende, de hefft mehr rechtes dat sülvige tho vorkopende vt *l cui ius est. D. de R. I.* Mach man den Erve und egen geven wor man will, alse hirna schinet *art. 5.* so mach man idt ock verkopen, wor men will, dat doch hir so nicht en iß. *et glossatoribus.*

§. XXI. Introducta itaque est libera facultas disponendi de bonis quibuscunque in plerisque Germaniae locis ex iure Romano, *bonaque hereditaria* ex illo cum *acquisitis* parem fere acceperunt sortem, exceptis illis locis, in quibus *ius antiquum* vel in *totum* vel *secundum quid* retentum est. Hoc vnicum fere ex iure antiquo solummodo remansit vestigium, quod in bonis hereditariis proximis consanguineis *ius retractus* relictum sit. Hoc autem olim tantum locum habebat, vbi alienatio per *venditionem* erat permissa, in casu scilicet *necessitatis*. *Remansit tamen in bonis hereditariis ius retractus.*

 Sed

Sed postquam secundum iuris Romani principia hoc extra casum *necessitatis* permitti etiam cepit, ius *retractus* quoque insignes fecit accessiones. Est videlicet hic *ius illud gentilitium*, quod in bonis *hereditariis* per vniuersam fere Germaniam adhuc obtinet, nec aliunde peti debet, quam ex antiqua horum bonorum distinctione, adeoque ad *acquisita* regulariter extendi nequit.

Conclusiones variæ ex his fundamentis.

§. XXII. Quodsi ergo de conclusionibus quæ in doctrina de retractu gentilitio adducuntur, sanum iudicium ferendum, ante omnia præcauendum est, ne principiis iuris Romani decipiamur, sed rationes earum potius ex *iuris Germanici* principiis petamus, quæ hic demum omne ferunt punctum. Longum foret, ire per singula, et omnes controuersias examinare, quæ a Dd. excitantur, et tamen facillimo negotio sedari possunt, si ad *iura Germanica*, quibus ortum hic retractus debet, vnice respicimus. Sic enim (I.) apertum est, tantum retractum obtinere in bonis *immobilibus* et quæ *pro talibus* habentur; non item in *mobilibus*, ad quæ distinctio adducta iure Germanico applicata non fuit vid. STRYK. *cit. l. c. I. §. 20.* REINKING, *de retractu consanguin. qu. 3. n. 105. sq.* (II.) Retractum obtinere in quibusuis bonis *hereditario* iure ad possessorem delatis, nec præcise *auita* requiri; quod enim *ius Saxon. Elect. P. II. c. 12. et 31* non alia quam quæ ab auo profecta sunt, sub *hereditariis* intelligat, id interpretationi authenticæ legislatoris Saxonici debetur, quæ legem Saxoniæ constituit, ad alia autem loca extendi nequit, in quibus etiam a *patre* in filium delata bona retrahi a fratre eius possunt, cum sufficit, quod respectu alienantis sint *hereditaria*. (III.) Tantum ius retractus obtinere in *emtione venditione* et huic simili contractu, non vero in dona-

donatione alioue, cum olim tantum *venditio* permissa fuerit in *casu necessitatis*, et quidem probata *necessitate*, quæ non æque in aliis alienationibus deprehenditur. (IV.) Libera alienandi potestate introducta, non potuisse ius retractus omnibus alienandi speciebus applicari, sed illud in alienatione, quæ fit interueniente pretio, substitisse, et in qua olim tantum vsitatum fuit. (V.) Cessare illud in bonis nouiter acquisitis. (VI.) proximos heredes et quidem intuitu venditoris ad retractum vocari, sicuti olim ius proximum in bona hereditaria habebant, adeoque etiam eo ordine retrahi bona alienata, pro vt succeditur TIRAQVELL. *de retract. lin. §. 1 gl. 9. n. 21.* (VII.) Liberos quoque, viuente patre, eadem retrahere posse, quod præ ceteris consanguineis ius iis sit quæsitum, qua de causa in antiquis diplomatibus sæpe occurrit clausula : *cum consensu filii mei* N. N. STRYK. *cit l. c. 2. §. 23. sq.* Rationes dubitandi quæ hic adferuntur, petitæ sunt ex penu iurisprudentiæ Romanæ, quæ minus stringunt. (VIII.) Hodie feminas etiam ad retractum admitti, postquam *iuris hereditarii* participes factæ sunt. (IX.) Proximiore retractui renunciante, sequentem in ordine admitti (X.) Cessare retractum, si venditioni consensum dedere legitimi heredes, quia olim hoc modo valide alienabantur hereditaria, etiam omni cessante necessitate, quamuis de hoc casu mirifice dissentiant Dd. (XI.) Multo minus venditorem ipsum bona alienata retrahere posse, quod principaliter consensum alienationi dederit; qui autem consentit alienationi nihil contra eam audere potest. STRYK. *cit. l. c. 2. §. 21*, (XII.) Exheredatos ex iusta causa, excludi a retractu, vtpote qui nullum ius in bona hereditaria habent. SVTOR de *retractu thes. 181.* Plures addere conclusiones supersedeo, cum paucissimas tantum exempli loco adduxerim, vt viam

viam monstrem, qua ei incedendum sit, qui inoffenso pede per tot difficultates, ab interpretibus motas, transire intendit.

Transitus ad statutum Hamburgense

§. XXIII. Paulo propius nunc ad retractum gentilitium Hamburgi et inprimis in agris vi statutorum receptum, accedo, inquisiturus vtrum hic ad ea, quae adducta sunt, prorsus accommodari debeat. In dubium id vix vocandum videtur, cum antea obseruauerim, 1.) ius antiquum Saxonicum huius iuris fontem esse: 2.) ius Lubecense accurate conspirare cum huius iuris principiis, cuius scita in plerisque sequitur statutum Hamburgense: 3.) In eodem adhuc retentam esse differentiam inter *acquisita* et *hereditaria* bona, nec de his aeque vt de illis disponi posse, vnde etiam 4.) concludendum videtur, non in illis sed tantum in his retractui locum fore. Inprimis enim in locis, vbi haec distinctio bonorum obtinet, huic retractui locus est, quod praeter ius *Lubecensium* declarat *statutum Luneburg. P. II. Tit. 4 his verbis*: Wird ein Hauß, Bude, Garten, Pfannen-Wispel oder ander auf unser Sültze gelegenes Guth so der Besitzer zuvor nicht selbst Kauffs-weise an sich gebracht, sondern das durch Erbfall an ihm kommen ist, verkaufft, so hat der nechste Bluts-Freund, der in absteigender Linie (auch bis ans vierte Glied einschließlich) demjenigen verwandt, von welchen solch Guth anfänglich herkommen ist, gute Macht und Fug, innerhalb Jahr und Tag nach geschehener Auflaßung, es sey ihm gleich vorhero daß Guth zu kauffen angeboten worden und er sey innerhalb Landes gewesen oder nicht, in den Kauf zu treten, u. den frembden Käuffer gegen Erlegung des angegebenen und abgeredten Kauff-Geldes davon abzutreiben, und ist hierin kein Unterscheid, ob die Kinder vom Vater abgetheilet, oder noch in seinen Gewehren sind. Verkaufft auch ein beerbter Mann seiner Frauen Erb-Guth, in den Fall sind der Frauen Kinder, und da die nicht geneigt in den Kauff zu tretten, ihre der Frauen, aber nicht des Mannes, nechste

Bluts

Bluts-Freunde bis in das angezeigte vierdte Glied niederwärts einschließlich der Nähergeltung befugt, und hat diesfals allezeit der nechste verwandte Bluths-Freund den Vortritt.

Ius antiquam Hamburgense iuri veteri Germaniae conforme fuit

§. XXIV. Id vsu Hamburgi iure antiquissimo obtinuisse supra *§. XVII. ex codice illo MSct. statut. Hamb. antiquissimo* obseruaui, adeo vt absque *necessitate*, quae ante omnia probanda erat, ne quidem bonorum hereditariorum alienatio permissa, et si tandem permissa, proximior prae extraneo ad venditionem admissus fuerit. Quod autem, hoc ius etiam iam olim extensum fuerit ad *acquisita*, vti indicat *codex MSct. tit.* vam Erve, Egen ꝛc. *lit. G. art. 1.* So wohl sin Erve, dat ehme nicht angeervet iß, verkopen will, dat binnen disser Stadt und Wickbelde iß, de schall dat beden twen sinen negesten Fründen, dar sin Erve upfallen mach, und will idt ehrer neen kopen, so mach he sin Erve woll verkopen demjenuen, de ehme dat meiste darvor geven will. Id ex rationibus huic ciuitati propriis cautum, nec tamen hoc ipso fuit sublata, quo ad alienationem inter viuos, distinctio inter *acquisita* et *hereditaria*, cum illa pro lubitu sine heredum consensu alienari queant, vt tamen venditio propter ius protimiseos iis denuncietur, qua denunciatione tamen requisitio *consensus* haud includitur; haec vero olim *sine consensu heredum*, extra casum necessitatis, prorsus alienari non potuerint; quo tamen probato, ius praecipuum heredibus legitimis concessum fuit. Et hoc modo etiam intelligendus *art. 6. cod. MSCti antiq. tit.* vann vortruwinghe und Erffschichtinghe *lit. I.* vbi talia bona vendi et in dotalitium dari prohibentur, ahne siner rechten Erven Wulbordt, und de dat Gudt van sick antwordet, de schal ock weten, wor dat Gudt werde belecht, up dat idt den rechten Erven nicht werde entferdiget. Quae ratio certe ex intima iuris antiqui Germanici prudentia fluxit, quae maxime pro *bonis hereditariis* conseruandis

iam olim tamen suo modo retractus extensus fuit ad acquisita.

seruandis sollicita fuit, concessitque per necessariam consequentiam retractum a quocunque possessore, vt finem suum obtineret. Neque etiam simplex *ius protimiseos*, quod re adhuc integra et nondum emtori tradita, tantum sese exserit, reuocationem autem bonorum a tertio possessore non admittit, sufficere visum fuit, quod bona gentilitia legitimis heredibus conseruare haud poterat: sed ius pinguius legitimis heredibus concessum, ipsa scilicet *reuocatio bonorum alienatorum* a quouis possessore, quod inde nomen iuris *retractus* accepit.

Ius nouum in nonnullis a veteri recessit.

§. XXV. *Ius Hamburgense nouum* non nihil hic remisisse videtur, concessa maiori libertate vendendi *bona immobilia*. Distinguendum autem inter alienationem *mortis causa* et inter *viuos*. Illa adhuc ex principiis iuris antiqui in *bonis hereditariis* absque heredum consensu est interdicta, vid. *Part. III. tit. 1. art. 4. stat. Hamb.* et hoc deficiente, testamentum tantum subsistit quoad *acquisita*, corruit vero quoad *hereditaria*, quae *heredibus legitimis* obueniunt: proinde etiam hoc iure facilius contingere potest, vt quis pro parte testatus et intestatus decedat, quod ius Romanum non admittit. Immo hoc quoque in casu *alienationis* de *retractu proprie dicto* eo minus laborandum, quod illa nulliter facta censeri debeat, adeoque simpliciter *iure hereditario* peti queant. Qualitas vero, quod sint *bona hereditaria*, de quibus in vltima voluntate dispositum, ab heredibus legitimis probanda, tum quod actoris vices sustineant, cui regulariter onus probandi incumbit, tum ob dispositionem *statuti P. III. tit. 1. art. 6.* vbi ita cauetur: und damit das Erbgut bey den rechten Erben bleibe, so soll ein jeglicher auf seine lezte Stunde des Todes nehmen, was und wie viel er vom Erbgut empfangen, es wäre dann, daß mans anders könte beweisen mit Gericht und Rath der Stadt, dar solch Erbgut mit Rechte wäre gefor-

fordert und erworben. Hac ratione is, qui de bonis ſuis immobilibus vltima diſponit voluntate, ſuæ ſalutis non videtur immemor fuiſſe, cum ex cit. ſtatuti diſpoſitione ſciat et ſcire debeat, ſuæ conſcientiæ hanc rem commiſſam eſſe, et ſic quoque vbi de iis bonis ordinatum eſt teſtamentum, tam diu pro *acquiſitis* habentur, donec *qualitas hereditaria* fuerit probata.

§. XXVI. Quod autem alienationem *inter viuos* concernit, illa non æque ſecundum ſtatuta noſtra nouiſſima reſtricta eſt, ſed paulo liberior reddita; inprimis illa quæ fit per *venditionem*, de qua in §. *ſubſequenti*, non æque ea, quæ per donationem. Hæc enim *inter viuos* de his bonis ſine heredum conſenſu vix fieri poteſt, tum quod hoc iuri antiquo congruat, cui merito ſtandum, tum quod nec legata, quæ ſunt *donatio quædam*, de iis valeant, *Part. 3. tit. 2. art. 2. ſtat. Hamb.* niſi quod vigeſimam illorum partem ad pias cauſas deſtinare queat teſtator. Ius Saxonicum prouinciale *lib. 1. art. 52.* id quoque confirmat: ohne der Erben Laub und ohne Gericht mag kein Mann ſein eigen Gut, noch ſeine Leute vergeben. Sed ius Saxonicum electorale *P. II. conſt. 12.* hoc de *donatione* potiſſimum intelligit, quamuis rationes adductæ doceant, de quauis *alienationis* ſpecie, qua hereditaria legitimis ſubtrahuntur heredibus, hoc potius intelligendum. Vnde etiam ſine dubio diſpoſitionem vltima voluntate comprehendit, vt recte cenſuit *ius Hamburgenſe ſtatutarium alleg. loc.* quæ itidem ſpecies *alienationis* eſt, et in quam itidem cadit ratio iuris Germanici, ne *hereditaria* legitimis *heredibus* ſubtraherentur. Supra iam a me dictum eſt, iuris Romani principia paſſim iuri Germanico inſignem attuliſſe cladem, poſtquam interpretes eius ius Germanicum

Maxime in alienatione inter viuos.

nicum ex illis interpretandum, et quantum fieri possit, restringendum esse censuere, ne nimium scil ab iis recederet, cum tamen diuersissima principia in hac materia habuerit. Hæc confusio etiam efficit, vt iure Saxonico electorali *cit. l.* testamenti factio de his bonis fuerit permissa: Es soll einem jedem frey stehen, sonsten solcher Güther halben Testamenta und andere beständige letzte Willen aufzurichten, welchem auch stracks nachzusetzen. Similiter nec *venditio horum bonorum* hoc iure est interdicta, et quamquam heredes *descendentes*, non alii, ad ius retractus admittantur, hoc tamen rursus ex stricta voce Erben *in cit. art 52.* contra legum antiquarum mentem tractum est. vid. *P. II. Const. Elect. const. 12. et 31.* ibique CARPZ. *def. 13. sq.*

Et quidem per venditionem.

§. XXVII. Sed vti monui in principio §. antecedentis, iure Hamburgensi nouiori alienatio *inter viuos* bonorum hereditariorum, quæ fit per *venditionem*, paulo iam liberior reddita est, cum non amplius, prout quidem olim, tot illa sit difficultatibus subiecta, sed etiam extra casum *necessitatis* permissa. Cautum enim est *P. II. tit. VIII. art. 3 stat. Hamb.* Wer sein Erbe, es sey Brau- oder Wohn-Hauß, so er geerbet, befreiet, oder auch mit seinen wohlgewonnenen Gelde an sich gebracht, verkauffen will, der soll es zuforderst durch zween Erbgesessene Bürger, den beyden seiner nechsten Freunden, dar sein Gut auf fallen mag, an praesentiren, und wann die es nicht begehren, denen verkauffen, so das meiste dafür geben wollen. Cum hoc textu admodum conuenit *art. 61.* des Land-Rechtes, quem statim in prooemio tradidi, nisi quod non ita distincte *bonorum qualitas* exprimatur.

Quæ fieri potest sine heredum consensu.

§. XXVIII. Ex vtroque itaque obseruo textu, inprimis venditionem *bonorum hereditariorum* etiam sine *heredum proximorum consensu*

su fieri posse, quia generaliter dicitur sine vlla limitatione, wer sein ERBE verkauffen will, item Welecker een ERVE verkopen will. Verum enim vero *in art. 61.* des Land-Rechts tantum fit mentio des ERBES, qua appellatione *res immobiles* veniunt; nec diserte additur, nihil referre, vtrum haec bona sint *acquisita* an *hereditaria?* pro vt tamen diserte addit *cit. art. 3. statuti.* Inde ergo quaestio enascitur, an de vtroque bonorum genere *art. 61.* des Land-Rechtes intelligi debeat? Hoc expeditum est, quod & SCHLVTER von dem Erb-Recht der Ehe-Leuthe *tit. 3.* iam obseruauit, non semper tuto argumentum trahi posse a *iure vrbis*, ad *ius* quod in *agris* obtinet: et quamuis bona hereditaria secundum *articulum 3. stat.* libere vendi possint, magis tamen *in agris* insistendum videtur *iuri antiquo Saxonico* seu *Germanico*, quo *bonorum hereditariorum* venditio fieri nequit sine heredum consensu. Accedit quod *antiq. statut. Hamb. §. 24.* Disput. adductus *art. 1.* sententiam *art. 3. P. II. tit. VIII. stat. Hamb.* fere referat, nec tamen de aliis bonis, quam *acquisitis* loquatur, vt diserte innuunt verba: So wol sin Erve, dat ehme nicht angeervet iß verkopen will &c. Hoc correxit statutum nouissimum *cit. art. 3.* Wer sein Erbe, so er geerbet, befreiet, oder auch mit seinem wohlgewonnenen Gelde, an sich gebracht, verkauffen will. Discrepat itaque in hoc *statutum antiquum et novum*, quod illud tantum permittat venditionem *acquisitorum* saluo iure protimiseos; hoc vero et *acquisitorum* et *hereditariorum*: illud magis cum *iure antiquo Germanico* conueniat non hoc. Qualis vero hoc rerum statu *cit. art. 61.* des Land-Rechtes arripienda sit interpretatio, ad modum ambiguum et dubium est.

an etiam in agris?

§. XXIX.

Vox Erbe in art. 61 acquisita intelligi videntur.

§. XXIX. Si libere sententiam proferre concessum est, saluo aliorum rectius sentientium iudicio, sic arbitror. Præsupponendum ante omnia, ius Saxonicum commune fontem esse, vnde ius nostrum in agris obtinens interpretationem suam recipiat. Hoc posito, distincte procedendum, & vox Erbe pro substrata materia accipienda. In *cit. art. 61.* des Land-Rechts duo casus traduntur. Primus est *de retractu* ex capite *consanguinitatis*: alter de *retractu vicinitatis*. Vltimus casus quidem ad *quæuis bona* accomodari posse videtur, non item primus. Hic enim *liberam venditionem* immobilium præsupponit, quæ iure Saxonico et antiquo Hamburgensi tantum obtinuit in *acquisitis* tam in vrbe quam agris, quod disertis etiam declaratum verbis in *tit.* vann Erve, Egen rc. *art. 1. cod. MSS.* So wol sin Erve, dat ehme nicht angeervet iß, verkopen will, dat binnen disser Stadt und Wickbelde iß rc. Hæc verba satis indicant loqui hunc textum 1.) de bonis *acquisitis* 2.) tam in vrbe quam extra eam in territorio Hamburgensi sitis, 3) eisque eadem tribuere iura, *quæ art. 61.* des Land-Rechts exhibet, quod indicant verba sequentia: De schall dat beden twen sinen negesten Fründen, dat sin Erve upfallen mach, und will id ehrer neen kopen, so mag he sin Erve wol verkopen, de ehme dat meiste darvor geven will. Immo facile vnusquisque cognoscet, cum hoc conspirare *art. cit. 61.* des Land-Rechts, nisi quod hic 1.) indefinite loquatur, 2.) vicinis etiam ius retractus indulgeat 3.) duos menses præstituat, intra quos retrahentes suam manifestare debeant voluntatem. Quamuis itaque vox Erbe quæuis immobilia, vndequaque acquisita, denotet, pro substrata tamen materia tantum *acquisita* denotare potest, et in *art. 61.* des Land-Rechts etiam denotare videtur. Indicat enim hoc, vt supra monui, 1.) ius antiquum Hamburgense *tit. cit. art. 1.* quod per totum tractum Hamburgensem, et sic etiam in agris obser-

vatum

vatum, 2.) confirmat hoc ius antiquum Saxonicum, ad quod ſæpius prouocaui; nec 3.) ſtatutum nouiſſimum *citat. art. 3. tit. VIII. Part. II.* huc trahi poteſt, quod cum correctorium ſit, ad vrbem tantum pertinet, et ita ad *agros* referri nequit, in quibus *pro iure veteri*, quod olim in iis obtinuit, firma ſtat præſumtio. Quo poſito, bona *hereditaria* in agris *ſine conſenſu heredum* vendi nequeunt, excepto caſu *neceſſitatis*, quo exiſtente et probato, proximi heredes in emtione præferuntur, et iure retractus vtuntur, ſecundum iuris antiqui Germanici mores, cum quibus accurate conuenit *ſtat. antiq. art. 5. tit.* van Erve, Egen quem ſupra §. *XVII.* tradidi, nullibi correctum.

bona autem hereditaria ſine heredum conſenſu vendi nequeunt.

§ XXX. Hactenus expoſui ſententiam de voce ERVEN in *art. 61.* des Land-Rechts occurrente, et quid *cit. l.* ſpeciatim illa ſignificet; id autem porro iure noſtro, tam quod in *vrbe*, quam quod in *agris* obtinet, ſingulare eſt, quod etiam in acquiſitis *ius protimiſeos* obtineat, in quibus tamen ratio huius iuris, ſecundum principia ſupra poſita ceſſat, nec in aliis locis regulariter eius habetur ratio. Certum quidem eſt, id fauori, quem omnes pro immobilibus in genere gerere ſolent, datum fuiſſe, vt eo magis conſeruationi familiarum ſtuderetur, quæ inprimis per *immobilia* conſeruatur. Sed cum heredibus in *acquiſita* non æquale ius, quod iis in *hereditaria* iure Germanico debetur, competat, non leuis dubitatio emergit, vtrum ſimplex *ius protimiſeos*, an vero præterea *ius retrahendi in art. 61.* des Land-Rechts iis indultum ſit? h. e. an re adhuc integra, cognati ſeſe offerre tantum poſſint ad idem pretium ſoluendum, an vero, ſi denunciatione neglecta, vendita fuerint, etiam ab extraneo emtore eadem reuocare queant? Etenim in *cit. art. 61.* tantum dicitur: quod venditor bona im-

Singulare tamen eſt quod ius retractus in acquiſitis obtineat.

An verus retractus hic obtineat, an ſimplex ius protimiſeos.

 mobilia

mobilia, quorum venditionem intendit, prius offerre debeat proximis consanguineis, et his intra duos menses ad illa emenda sese haud declarantibus, extraneis demum vendere queat.

decisio. Verum quia 1.) hoc ius, proximis consanguineis debetur ex statuto, quod fortius ius quam ex sola conuentione illis attribuit; 2.) statutum praeterea certam formam emtioni praescribit; qua non seruata, nulla est; *l. 5. C. de LL.* hoc vero posito 3.) res adhuc integra videtur, vt proximus consanguineus ius suum exercere et bona reuocare queat, cum non censeatur alienatum et translatum, quod debita forma haud peractum; ex eoque euidens est, ipsum ius retractus hoc ipso proximis consanguineis indultum esse. Collineare huc videtur ipsum *statut. Hamb. P. II. tit. VIII. art. 16.* Ist aber die Gewehre vor Freunde und Frembde von dem Verkäuffer angelobet, so soll er seiner Zusage nachkommen. Quid enim est die Gewehr vor Freunde angeloben? quam euictionis praestationem promittere in casu, quo iure retractus a consanguineis fuerit euicta?

Successorium edictum in agris locum habet. §. XXXI. Tandem hanc obseruo differentiam inter ius vrbi et quod agris datum est, quod illud nihil aliud desideret, quam vt bona offerantur den beyden seiner nechsten Freunden iuxta *stat. Hamb. P. II. tit. VIII. §. 3.* id quod communiter intelligunt de consanguineis duobus tam lineae paternae quam maternae, ita tamen vt si plures in eodem gradu sint, illis pariter offerri debeat, quia aequale ius habent. Qui si praerogatiua in emtione vti nolint, mox immobilia extraneis vendere permissum est. Ex quo concludo, *successorium edictum* nostro iure in vrbe cessare, cui alias in retractu locum concedunt. CARPZ. *P. II. c. 49. def. 7.* BERLICH *P. II. concl. 39. n. 30.* Idem vero admittendum esse in agris, quia in *art. 61.*

des

des Land-Rechts generatim cauetur, offerenda esse immobilia Vader und Moder und den nechsten Fründen; quo ipso, proximioribus iure suo vti nolentibus, non censentur exclusi remotiores, vti obseruat STRYK *de success. ab intest. diss. VI. c. 3. §. 37.* sed tantum designatur ordo succedendi, quod secus in iure statutario, quo *oblatio* restringitur ad duos propinquiores. Cetera, quæ alias in hac materia amplissima tradi solent, non regustabo, qui tantum fontes indicare volui, vnde ius hoc *retractus*, consanguineis proprium, deriuandum sit.

CAPVT II.

DE

RETRACTV VICINITATIS IN AGRIS HAMBVRGENSIVM VSITATO.

ARGVMENTVM.

I. Retractus vicinitatis tantum in agris Hamburgensibus obtinet. II. Ex constitutione Friderici I. non descendit. III. Eius discrimen a iure congrui. IV. Indoles agrorum Hamburgensium. V. VI. In qua ratio retractus vicinitatis continetur. VII. An agri contigui desiderentur? VIII. Domino agrorum retractus competit. IX. Bonæ fidei possessionem agri probare sufficit. X. Ad quæ loca pertineat? XI. Ius retractus gentilitii præfertur retractui vicinitatis.

§. I.

§. I.

Retractus vicinitatis tantum in agris non in vrbe obtinet.

Obferuaui *cap. antec.* retractum *confanguinitatis* tum in *ciuitate* tum in *agris Hamburgenfium* obtinere. Retractus ex *vicinitatis* capite diuerfa videtur ratio, cuius tantum fit mentio in dem Land-Recht *art. 61.* non vero in ftatuto vrbi dato. Sicuti vero ab hoc ad ius, agris præfcriptum, non valet confequentia; ita quoque, vt fupra iam monui, hoc ipfum ad vrbem Hamburgenfem trahi nequit, adeoque ius retractus *vicinitatis* cum agris folis datum fit, non extendendum ad vrbem. Sunt etiam præterea propriæ *agrorum* rationes, quæ hunc retractum defiderant, quæ ad prædia vrbana applicari nequeant, vt mox videbimus.

Non dependet ex constitutione Friderici,

§. II. Equidem conftitutio Friderici, de qua iam *cap. antec. §. VIII.* mentem aperui meam, fuo modo *retractui vicinitatis* fauere eumque firmare videtur æque vt ius antiquum græcorum, de quo *c. 1. §. 4.* egi. Enimuero illa Germaniæ regno non fuit data fed Longobardico, nec inde auctoritatem accepit, quod iuri feudali adiecta. Vnde fatentur ICti Germaniæ longe celeberrimi et inter hos etiam STRYKIVS *de fucceſ. ab inteſt. diſſ. VI. c. 1. §. 16.* retractum hunc in peculiaribus territoriorum rationibus fundari, nec aliter eius rationem haberi, quam probata lege prouinciali, ftatuto vel confuetudine. conf. SVTORIVS *de retractu theſ. 84.*

Differt a iure congrui.

§. II. Ante omnia cauendum, ne *ius congrui* et retractum *vicinitatis* confundamus, quæ duo iura, licet propinqua et vicina fint, adhuc tamen differunt, quum illud longe frequentiorem vfum quam hoc habeat, vt recte obferuat EISENHART *de retractu territor. c.* I. §. 6. Ius congrui *vicinitatem* qui-

quidem desiderat, in hac tamen non subsistit, sed praeterea requirit, vt pars vendita cum illa, quam retrahens possidet, antea fuerit vnita, et abhinc aliquot annis separatim ab ea alienata, siue per diuisionem siue alio modo, vt recte censet SVTORIVS *cit. l. th. 85.* quamquam non adeo hoc ius a *retractu vicinitatis* distinguat. Inde etiam vocatur das Gespilde, quasi das gespaltene Gut, et *ius congrui*, quod admodum *congruum* sit, vt bona diuisa consolidentur, tum *propter onera publica*, quae saepe hoc modo confusionem quandam patiuntur, tum ob ipsam vicinitatis rationem, quae plura parit incommoda. Hoc requisito deficiente ius retractus exerceri nequit. COTHMANN. *Vol. IV. conf. 42. n. 3.* Retractus *vicinitatis* simplex autem simpliciter *vicinis* hoc ius indulget sine *respectu vnionis praecedentis.* Addit praeterea EISENHART *cit. l.* hoc discrimen, quod hoc ius in *praediis vrbanis* sibi inuicem vicinitate iunctis, *ius congrui* vero in *praediis confinibus rusticis* obtineat, argumento tracto ex *l. 4. §. 10. D. fin. regund.* quod praedia rustica dicantur *confinia*, vrbana vero *vicina.* Hoc autem discrimen vel ideo reprobo, tum quia a sola *appellatione* et *nominatione*, iuri Romano propria, desumtum est, quae ne quidem idiomati Germanico congruit, quum *vicinitatem* in solo Germanico aeque praediis *rusticis* quam *vrbanis* applicemus: tum quia experientia docet, ius congrui in pluribus locis etiam praediis vrbanis applicari. Imo statuta patria hoc discrimen prorsus reiiciunt, quae retractum ex capite vicinitatis *agris* solis seu praediis rusticis indulgent, in *vrbe* vero eidem nullum tribuunt locum.

§. IV. Videlicet demonstrat id omnium optime iam saepius *cit. art. 61.* des Land-Rechts, in quo conceditur retractus dem negsten Naber, da he up watert. Sed vt huius iuris vera *Natura agrorum Hamburgensium.*

ratio et adæquata, quæ solis *agris* propria est, in aprico sit, obseruandum est, agros, quibus hoc ius datum, et qui *art. I.* des Land-Rechts referuntur, quosque supra enumeraui, in pratis fere vnice consistere, indeque etiam vocari die Marsch-Länder. Alluunt hæc prædia vel Albis vel Billus, flumina, et inter hæc ad ipsam vrbem tendunt, tandemque inter se vnita e latere vrbis ad ipsum mare currunt. Sæpe contingit, vt flumina hæc tempore vernali vel hyberno, quo niuibus et pluuia nimium crescunt, limites riparum vtrinque transcendant, et ita vicinis agris den Marsch-Ländern admodum inundatione grauia et molestia sint. Inprimis vero hoc incommodo afficiuntur prædia inferiora ad vrbem vergentia, cum naturale sit, vt, præter inundationem ipsam, ex superioribus agris aqua pluuia sese potissimum in illis colligat, id quod possessores eorum, cum, vti dixi, ex operatione ipsius naturæ fiat, æquo animo ferre et tolerare debent. Vocatur ea de causa hoc onus in iure ciuili *seruitus naturalis*, cuius semper hæc est indoles, vt prædia inferiora aquam excipiant prædiorum superiorum *l. I. §. 22. D. de aq. et aq. pluu. arc.* Verum enim vero hoc incommodum tunc maxime sese exserit, quando paulatim aqua decrescit, et intra limites naturales riparum sese rursus continere incipit; quamquam enim hoc ipso fiat, vt prædia superiora facilius exsiccentur, attamen inferiores agri aqua, quam potius hoc casu ex superioribus excipiunt, paulo difficilius liberantur. Sunt præterea per prædia hæcce plures ductæ fossæ, per quas, molendinorum ope, quæ in agris depressis vbique pro abigenda aqua sunt exstructa, aqua, ex superioribus ad inferiora defluens, eo rectius ducitur; sed hæ rursus prædiis inferioribus non leuem pariunt molestiam, si vicini inter se non conspirant, nec iuncta opera ope molarum aquam abigant,

cum

cum alioquin superior admodum grauis esse possit inferiori, in aqua ad eius prædia abigenda, quod vocare solent der oberste Nachbahr mahlet dem untern das Wasser auf den Leib zu dessen fernerer Fortbringung, et perpetuæ quasi oneri exponere, quia semper inferior superiori seruit *cit. l. §. 23.*

§. V. Equidem censuerunt Romani ICti commodo quodam hoc onus compensari, vt dicitur *cit. §. 23.* quod scilicet omnis pinguetudo terræ ex superiori ad inferiorem agrum cum aqua simul decurrat; sed hæc ratio vbique, maxime in agris planis, applicari non potest; quamquam interim ostendat, æquum esse, vt possessores agrorum inferiorum aliquid commodi pro hoc incommodo sentiant. Hoc ipso maiores nostri sine dubio adducti sunt, vt vicino inferioris agri, qualis hic dicitur eius, cuius ager vergit ad vrbem, retractum concesserint. Iuxta fluminum cursum enim agri ipsi æstimantur, et quia hæc per agros ad ipsam vrbem tendunt, eamque proxime alluentes sese tandem in ipsum mare effundunt, hinc *superiores* agri semper dicuntur *relatiue* seu in relatione eorum agrorum qui versus vrbem siti sunt, hi autem, respectu *superiorum*, semper inferiores. Inde prima obseruatio est, *prædio inferiori* tantum hoc ius datum esse, non item *superiori*, imo ea de causa iuxta articuli, nostri statuti, verba, *inferiori* tantum venditionem denunciandam esse, non item *superiori*, quod indicant verba: da he up watert h. e. cuius prædium ex vicino prædio, inundatione facta, aquam per fossas ductam, excipere cogitur.

Inde retractus vicinitatis ortus

et quidem tantum prædiis inferioribus datum.

§. VI, Exemplo res fiet clarior. Titius vendere intendit suum agrum: duos habet vicinos, alterum *inferiorem*, cuius prædium ad vrbem, Stadtwerts, vergit, alterum ex altero

Quod illustratur.

latere superiorem, qui respectu venditoris vergit ad reliquos vicos et agros. Vterque retractum ex capite *vicinitatis* prætendit, quæritur quis præferendus? Ex ratione statuti, *inferioris* prædii dominus, quia is reuera est, da he up watert; adeo vt si hic, facta denunciatione, iure suo vti nolit, nequidem *superioris* agri vicini dominus, retractum ambiens audiendus sed repellendus sit. Ita olim etiam pronunciatum est in causa v. Campe contra Wichmann *d. 1. Maii anno 1656.* daß, weil Kläger den Beklagten über die Hand lieget, Kläger nicht befüget, den Kauff zurück zu treiben, sondern der getroffene Kauff bey Würden seyn solle. Pariter *d. 21. Mart. 1643.* vicinus superior ex eadem ratione repulsam tulit.

Quid si via publica intercedat.

§. VII. Solet alias vicinitas in hoc retractu ex prædiorum contiguitate æstimari, vt censuit STRYKIVS *cit. l. §. XXV.* cum alioquin in seruitutibus paulo laxius habeat spatium vicinitatis, et magis ex *commoditate* iudicetur. Quid ergo si *via publica* separet duos agros vel *vicinalis* vel *priuata?* Equidem *illam* impedire retractum ex capite *vicinitatis* arguit SVTORIVS *de retract. §. 2.* non æque *hanc*, quod et admitti potest in retractu, vbi solummodo vicinitatis habetur ratio; ad agros autem Hamburgenses non adeo extendi posse, arbitror, in quibus tantum præfertur inferioris prædii Dominus. Enimuero si uel maxime via qualiscunque interuenerit, tamen respectu *superioris*, a quo inferior via distinguitur, manet inferior, et ratio quoque statuti æque huic applicari poterit.

Tantum domino agrorum hoc ius competit.

§. VIII. Sicuti autem domino inferioris prædii tantum hoc ius datum est, ita facile liquet 1.) conductori prædii rustici proprio nomine illud non competere, sed locatoris arbitrio solum hoc relictum: 2.) Vsufructuarium quoque excludendum

dendum esse, quippe qui non est *dominus* nec *proprio nomine* possidet agrum inferiorem; e contrario autem proprietarium admittendum. Quamquam enim non possidere videatur agrum inferiorem; tamen palam est, eum possidere per vsufructuarium, et de hoc in iure asseri, quod non possideat, *ciuiliter scilicet*, animo sibi habendi. *§ 4. l. per quas perf. cuique acquir.* Creditorem autem antichreticum 3.) admittendum esse facilius concesserim; vtut enim non sit dominus, habet tamen iura dominii in multis articulis iuris, ita vt fere actiones, quæ dominis tantum indulgentur, etiam extensæ sint ad creditores antichreticos.

§. IX. Quæ cum ita sint, quæritur, an qui retractu hoc vti intendit, dominium vel ius simile probare et se ita ad hanc causam legitimare debeat? Quod secundum quid affirmandum esse censeo. Videlicet cum in hac causa dominii quæstio non vertatur *principaliter*, vt in rei vindicatione, sed duntaxat *incidenter*, vt se ad causam legitimare queat; tali casu etiam sufficit, si modo *quasi dominium* seu *b. f. possessionem* ostenderit. Hoc vero facili conatu efficere potest. Nam 1.) bonam fidem non tenetur probare, quippe quæ præsumitur: 2.) possessio in oculus incurrit nec indiget probatione. Superest ergo tantum 3.) titulus, quem itidem facillime vtplurimum ostendere poterit, vel si etiam id statim forsan fieri nequeat, iuramento eius committi solet, quod agrum titulo *pro suo* possideat, quia in punctis incidentibus non cunctandum.

Non tamen dominium probare debet.

§. X. Altera obseruatio est, quod hoc ius retractus quidem restrictum videatur ad illa loca, quæ *art. I.* des Land-Rechts referuntur, et quibus hoc speciatim datum dicitur; sed nihilominus recte quoque ad alia loca ibidem non relata, applicari possi-

Ad quæ loca pertineat?

possit et, debeat, quatenus scilicet eadem ratio in his adest. Sunt vero ea loca quae *art. cit. I.* non inserta sunt, agri, qui vocantur, die Hamm- und Hörner-Länder, vrbi nostrae admodum vicini, quibus aeque retractus competit, vti ex praeiudiciis obseruaui, Sic enim *d. 2. Nov. 1706.* ab Assessoribus iudicii, quod vulgo vocatur das Noth-Gericht, decisum: In Sachen Hieronymi Iordans Klägers, contra das Amt der Knochen-Hauer im alten Schrange, Beklagtes, haben die Hamm- und Hörner Land-Leute gefunden, daß das Gehöffte des Klägers wider in den vorigen Stande, als es vorhin gewesen, von das Beklagte gebracht, und die Scheide gleichfalls in den vorigen Gräntzen reduciret werden soll. Wollte Beklagtes es denn hiernechst verkauffen, so soll es schuldig seyn, solches vorhero dem Kläger als seinen Nachbahren anzupraesentiren, mit Erstattung der Unkosten. Pari ratione *anno 1652. d. 23. Mart.* haec sententia lata: In Sachen Johann Bostelmann Kläger, contra Johann Spitzenberg, Beklagten haben die Hamm- und Hörner Land-Leute gefunden, wird Johan Spitzenberg beweisen, daß er Klägern vorhero, das Land zu kauffen anbieten lassen, und daß Kläger das Land zu kauffen nicht begehret, alsdenn soll der mit Friderich Schultzen getroffene Kauff bey Würden seyn.

An consanguineus vicino praeferatur.

§. XI. Denique tertia obseruatio est, consanguineos, cum vicino concurrentes, merito praeferendos esse, quamuis aeque illis ac huc res offerenda sit. De hac differentia alias admodum disputant, quatenus in eodem loco vtrumque ius receptum est. Quidam vicinum praeferunt, quod eius ius sit *reale*, ratione rei concessum; *reale* autem semper potentius quouis altero iure censeri debeat. In aliam sententiam iuit STRYK. *cit. tr. diss.* VI. *c. 3. §. 25.* neutri scilicet praeferentiam indulgens, sed vel praeuenientem tantum audiendum, vel in

re

re ambigua ſorti rem committendam, exiſtimans. Ego vero iudicium de hac deciſione *in genere* prolata ſuſpendo, et tantum quæſtionem ſecundum *art. 61.* des Land-Rechts examino atque reſoluo. Multum alias in verbis ſtatuti operatur *ordo perſonarum* ad idem ius vocatarum; quem ſi in adducto textu intueor, primo nominantur Vader und Moder und den negſten Fründen, deinde vero, de negſte Naber, da he up watert, id quod non alio conſilio ordinatum eſſe arbitror, quam quod conſanguineis præ vicino prærogatiua ſit tributa, et hic demum ad retractum vocatus veniat, ſi conſanguineus rem retrahere nolit *intra duos menſes*. His præterlapſis proximior excluſus eſt, ſed non æque *vicinus*, cui, cum demum poſt illum admittatur, idem tempus, quod primus habuit, concedi debet. Quodſi autem proximiores ſtatim renunciant ſuo iuri, ſtatim etiam duorum menſium præſcriptio vicino currere incipit.

§. XII. Nolo hic excurrere ad alias quæſtiones, quæ in retractu vicinitatis ab interpretibus iuris moueri ſolent, et quæ parum ad hanc ſpeciem, quam ſtatutum noſtrum tradit, faciunt, inprimis, cum ex ante dictis conſtet, hoc ius vicinitatis proprias ſuas rationes limitesque, quibus incluſum eſt, habere, et ex adductis principiis quæuis alia facile decidi poſſe. *Concluſio.*

EX-

EXERCITATIO LII.
AD LIB. XIX. PAND. TIT. I.
CONTINENS
SELECTA CAPITA
CIRCA
LOCATIONEM ET CONDVCTIONEM PRAEDIORVM RVSTICORVM.

CAP. I.
GENERALIA DE LOCATIONE ET CONDVCTIONE PRAEDIORVM RVSTICORVM.

ARGVMENTVM.

I. Discrimen inter prædia rustica et vrbana. II. Origo locationis prædiorum apud Germanos. III. Locatio prædiorum rusticorum quid? IV. Prædium rusticum quid? V. De ammodiatione. VI. Essentialia naturalia, et accidentalia locationis. VII. Quibus conductio prædiorum quæstuaria interdicta sit? VIII. De socida. IX. Huius iura.

§. I.

Iure Rom. antiquiori prædia rustica et vrbana admodum erant distincta.

Plus vna vice in iure nostro mentio iniicitur *prædiorum rusticorum*, ab *vrbanis* distinctorum, adeo vt ICti haud pauci maximos huius differentiæ vsus ostendere solcant. Iure enim Romano antiquiori, cum *res mancipi* et *nec manci-*

pi

pi (prout vel in Italia vel in prouinciis erant, teste VLPIANO *in fragm. instit. tit. 19. §. 1.*) a se inuicem distinguerentur, non potuit non fieri, quin variæ exinde conclusiones ad prædia *rustica* et *vrbana* redundarent, provt vel in solo Italico vel provinciali sita essent, de quo pluribus egit BYNKERSHOEK in *opusc. de rebus mancipi c. 1.* Postquam autem hoc discrimen, præcipue *per l. vn. C. de nudo iur. quirit. toll. et l. vn. C. de vsuc. transform. et de subl. differ. rer. manc. et nec manc.* cessauit, necessario inde descendentes conclusiones cessare debuere. Etsi itaque iuxta communem opinionem haud arbitrer, ingentes adhuc superesse differentiæ effectus, circa *rustica et vrbana* prædia, præsertim si *seruitutum* materiam spectes; in materia tamen *locationis* et *conductionis*, sicuti et in *pignore*, vsum adhuc habere, asserere cogor, quippe qui non dependet a rebus *mancipi*, et *nec mancipi*, ideoque cum his sublatus dici non potest. Quapropter perperam haud agit, qui in diuersa horum prædiorum natura inuestiganda operam collocat; id quod et in iis, quæ *locationem conductionem* concernunt, in præsenti specimine inaugurali tentare constitui: sed cum maxima rerum sese offerat vbertas, adeo vt si omnia, quæ circa locationem vtriusque generis prædiorum, aut saltem circa differentias istorum notanda sunt, discutere vellem, opus exararem dissertationis modum excedens; hinc animus saltem est, *præcipua quædam capita* et *selectas* quasdam *obseruationes* practicas maxime circa locationem et conductionem *prædiorum rusticorum* occurrentes, proferre et examinare. Quod vt rite expediam integram tractationem quatuor absoluam capitibus; hocce *primo* enim generalia, in *secundo* selectas obseruationes speciales circa locatorem, et in *tertio* circa conductorem prædiorum rusticorum

ob distinctionem rerum mancipi et nec mancipi.

Recentiori vero non adeo, nisi in locationis et pignoris materia.

Transitio ad scopum dissertationis.

ſticorum, in *quarto* denique remedia iudicialia inde competentia excutiam.

Agricultura maiores noſtri non ſtudebant.

§. II. *Agriculturæ* maiores noſtri non ſtudebant, quin potius bello ac venationibus aſſueti ignominiæ ſeu detrimento ſibi eſſe putabant, multum temporis in eam impendere, ne a ſtudio rei militaris auocarentur. Hinc vbi hodie agri fertiliſſimi, ibi olim deſertæ ſyluæ: vbi hodie viridiſſima ſunt prata, ibi olim erant dumeta vaſtæque ſolitudines. Nec certum agri modum aut proprios fines habebant, *teſte* IVL. CAES. *de B. G. c.* 22. Ex quo conficitur, contractum locationis et conductionis prædiorum ruſticorum in vſu olim non fuiſſe; ſed poſterioribus demum temporibus, inprimis cum *Germania* vſum nummorum, quem antea neſciebat, a Romanis ſecundum opinionem TACITI *de M. G. c.* 5. *§.* 6. addiſceret, innotuiſſe, cumque receptione iuris canonici et Romani magis magisque inualuiſſe. In *Latio* antiquioribus iamiam temporibus locationes admodum erant frequentes, id quod pluribus demonſtrat HEINEC. *in ſynt. ant. Rom l.* 3. *c.* 23. *§.* 8. *ſq.* LEYSER *in iure Georg. lib. I. c.* 1. Interim tamen, omnem locationem et conductionem nos Romanis acceptum referre debere, haud aſſero. *Colonias* enim *perpetuas* et ſpecie *bona maioratus* die Meyer-Güter, (de quibus conferri poteſt *B Cancell. de* LVDEWIG. *in iure client. Germ. ſect. III. c.* 8.) adhuc ante iuris Latii receptionem in vſu olim fuiſſe, conſtat. Committebant nimirum primitus domini ſeruis ſuis prædia colenda, qui inde *coloni* dicebantur, et ſucceſſu temporis ad libertatem peruenerunt. *v. du* FRESNE *gloſſar. voce colonus.* Hiſce liberis colonis agri quam plurimis in locis adhuc relicti ſunt a dominis, tanquam eorum adminiſtris, ita tamen, vt dominium et integra proprietas penes dominum remaneret. Et inde dicti ſunt die Meyer, quæ vox, antiquæ celticæ

Nec proprios fines aut agros habebant.

Vſum nummorum a Romanis didicerunt, nec non uniuſcum de locationibus.

Bona maioratus tamen ante receptionem iur. Rom fuerunt in vſu.

Colonus unde?

Meyer quid denotet.

celticæ linguæ originem debens, denotat *administratorem* seu *procuratorem*. Hinc eſt, quod adhuc hodie *inſpectores prædiorum ruſticorum* multis in locis dicantur Meyer, qui pro diuerſitate adminiſtrationum denominationem acceperunt. Sic in *ducatu Brunſuic.* paſſim reperiuntur Haus-Meyer, Hof-Meyer, Tägt- i. e. Zehnt-Meyer &c. Penſio autem ab eiusmodi colonis ſoluenda dicitur der Meyer-Zinß, conſiſtens vt plurimum in fructibus vel aliis rebus comeſtibilibus v. g. ouis vel paucis gallinis, quæ omnia veterum Germanorum ſtatum, vtpote penes quos, vt iam dixi, nullus vel rariſſimus pecuniæ vſus fuit, euidenter indicant. Plura hac de re notatu digniſſima habet *de* LVDEWIG *l. c. §. 11. not. g.* Ceterum cum hodie locationes ſint frequentiſſimæ et prudentia oeconomica longe rectius, ac quidem olim, excolatur, non eſt quod prolixiorem de huius doctrinæ fatis inſtituam ſermonem; accedo potius ad ipſam negotii definitionem. *Meyer-Zinß in quo conſiſtat?*

§. III. In genere *locatio et conductio* definitur, quod ſit contractus conſenſualis, quo vſus rei vel operæ pro certa mercede in pecunia numerata regulariter conſiſtente alteri conceditur. vid. *introd. in ius Dig. tit. loc.* PACION *de loc. et cond. P. I. c. 1. §. 2.* Varie alias diuiditur v. gr. in *perpetuam*, et *temporalem*, *rerum* vel *perſonarum*, *regularem* vel *irregularem*; quæ ſingula exponere non vacat. Obſeruo duntaxat, eam etiam in locationem et conductionem *prædiorum* vel *ruſticorum* vel *vrbanorum* ſcindi. Illa ad præſentem finem ſpectat, et hunc in modum deſcribi poteſt; *quod ſit contractus conſenſualis et b. f. quo mediante vſus prædii ruſtici, pro certa ac determinata mercede, quæ in pecunia numerata vel alia re fungibili, ex ipſa tamen re conducta proueniente, conſiſtere debet, ad certos annos vel* *Locatio conductio in genere quid? Prædiorum ruſticorum locatio deſcribitur.*

vel in perpetuum alicui conceditur; germanice exprimitur locatio et conductio communiter: pachten, verpachten, heuren, verheuren, miethen, vermiethen bestehen; &c. Ex quo simul aparet, linguam nostram vernaculam hic multo esse fœcundiorum, Romana.

Prædium in genere quid?

§. IV. Hisce consideratis videndum quoque est, quid sint *prædia rustica*. *Prædium* in genere est certum spatium soli et superficiei, cumque omnibus ipsi insitis et cohærentibus, siue proprietatis iure, siue vsu, siue nudo facto possessionis a nobis detentum aut possessum, *l. 15. de V. S.* ibique ALCIATVS it. SVEVIVS *lib. II. c. 2.* qua definitione, vti etiam a citatis Dd. fit, LAVRENTII VALLAE *6. Elegant. 41.* obiectioni contra alleg. legem occurritur. Generale enim aliquid est *prædium* teste FRANTK. *ad tit. de seru. n. 3.* ita, vt fundum, villam, agrum, possessionem, ædificia, aream, implantata, sata, arbores, *l. 60. 198. 211. de V. S.* subterranea quoque pro substrata materia, loci et personarum qualitate sub se comprehendat, v. ALCIATVS *ad modo all. leges de V. S.*

quid sub se comprehendat

Rusticum prædium quid?

Rusticum autem *prædium* dicitur, quod *vsibus rusticis* inseruit: aut, quod agriculturæ, fructuumque quærendorum, magno in reditu existentium, nec non rei pecuariæ causa habetur. Proinde huc pertinent, quæ fructuum producendorum, colligendorum, conseruandorum, pecorumque alendorum gratia (modo non propter mercedem fiat) possidemus *arg. l. 198. de V. S.* ibique ALCIATVS it. FRANTZKIVS *ad D. tit. de seruit. §. 57.*

Partes illius vnde dignoscantur.

Definiuntur singula capita ad istud pertinentia tum ex *vsu* seu *fine*, quo VLPIANO *in cit. l. 189.* materia venit, (conf. *cit. Dd.* quibus adde SVEVIVM *ad d. l. 198. lib. 2. c. 2. d. V. S.*) tum ex destinatione patrisfamilias. *l. 60. D. eod.* Vnde est quod sæpius pro diuersitate *vsus et destinationis* eadem res nunc ad prædia *rustica*, nunc ad *vrbana referatur*, et hoc modo

modo dissensus, quem sibi Dd. inter NERATIVM in *l. 4. D. in quib. caus. pign. tac. contr. L. 2. de seru. R. P.* et VLPIANVM in *cit. l. 198.* fingunt, ab ALCIATO, et FRANSKIO *l. c.* it. PECKIO in *tr. de renautica p. n. 10.* sublatus est. Germanice, vti notum est, appellamus prædium *rusticum* ein Land-Guth, Ritter-Guth, Pacht-Guth it. Guth simpliciter.

§. V. Quando integer districtus cum omnibus iuribus alicui est locatus, vocatur hocce negotium a Dd. *admodiatio*, a gallico vocabulo, *ammodier* i. e. pachten. Inde etiam communiter deriuant voces: Amt, Amtmann, vt obseruat STRYK. *in caut. contr. S. II. c. 9. §. 32.* atque *l. c.* bene monet, omnem pensionarium, non nudos agros, sed prædium aliquod cum iurisdictione, iure venandi, patronatus aliisque regalibus conducentem, pro *ammodiatore* esse habendum. Alii statuunt, has voces venire ab *ammanno*, voce celtica, qui in medio æuo fuerat *vicarius comitis*, iurisdictionem per integrum aliquem districtum exercentis. Hoc enim, propter aduersam valetudinem vel alia reipublicæ negotia impedito vel absente, *mallo* i. e. iudicio præsidebat *ammannus*. Postea comitibus (qui fere eodem fungebantur munere ac apud nos ein Landes-Haupt-mann) ob ius hereditarium et maiorem sibi potestatem arrogandi studium hinc inde exstinctis, *ammanus* seu scultetus remansit. Vnde factum esse dicunt, quod comitatus nomen Ambath seu Ambacht, contracte Amt; ammanus vero Ambacht-mann seu Amtmann acceperint, teste BEIERO *in specim. Iur. Germ. c. VII. §. 40.*

Admodiatio vnde?

Ammannus fuit olim vicarius comitis.

§. VI. Quemadmodum in omnibus contractibus potissimum tria veniunt consideranda 1.) SVBSTANTIALIA, quæ *debent:* 2) NATVRALIA, quæ *solent:* 3) *accidentalia*, quæ *possunt* adesse:

Substantialia locationis et conductionis.

adesse; ita substantialia seu essentialia locationis et conductionis prædiorum rusticorum sunt 1) *consensus* 2) *vsus rei seu prædii* 3) *merces* seu *pensio*; quorum vno cessante, necessario eodem modo cessare debet et alterum. Hinc conuenit in multis cum emtione venditione, adeo vt hi duo contractus dicantur fraternizare, iisdemque iuris regulis consistunt, *pr. et §. 3. Inst. de loc.* de quo plura legi possunt apud PACIONVM *de loc. et cond. c. II per tot.* *Ad naturalia* i. e. quæ tacite, licet non exprimantur, locationi insunt, pertinet, quod v. gr. ab vtroque contrahentium præstanda veniat *culpa leuis*, non vero leuissima, prout nonnulli *ex §. pen. I. et l. 25. D. loc.* colligere student; ibi enim superlatiuus ponitur pro positiuo, id quod ex substrata materia, natura contractus, et analogia iuris, quam ante omnia in explicandis legibus quemuis ante oculos habere oportet, perspectu facile est. In quocunque enim contractu vtriusque versatur vtilitas, in eo ab vtroque est præstanda culpa leuis. *l. 5. §. 2. D. commodati.* *Ad accidentalia* nostri contractus pertinent *pacta*, a contrahentibus adiici solita v. gr. vt ante vsum finitum soluatur pensio; hæc enim regulariter elapso demum contractus tempore præstanda venit, nisi aliud a contrahentibus actum fuerit. BERGER *in resolut.* LAVTERBACH. *tit. loc. qu.* 18. add. *l. 34. D. de R. I.* Plura de eiusmodi accidentalibus dicentur infra *in cap II. et III.*

naturalia

accidentalia

§. VII. Locare et conducere prædia rustica est de genere permissorum, adeoque regulariter omnes, qui alias ad contrahendum sunt habiles, hunc contractum possunt celebrare, nec apud nos feminæ excluduntur, quod Romanis moribus non conuenit. Romani enim *feminas* et vxores suas perpetuo otio mancipantes, nec cibos coquere, nec molere, nec vllam partem rei familiaris suscipere patiebantur, non aliam procul dubio

Locare et conducere est de genere permissorum.

Quare feminis apud Romanos negata conductio.

bio ob causam, quam quod pro Italorum ingenio pudicitiæ feminarum diffiderent, vt adeo instar portenti apud eos fuerit *femina conductrix*, mercatrix etc. HEINECC. *in synt. A. Rom. l. III. t. 21. §. 13.* In specie autem iure Rom. prohibentur 1.) *Decuriones, l. 31. C. loc.* 2.) *Milites sc. actu tales, l. 31. C. eod.* 3.) *Milites ecclesiæ seu clerici. nou. 123.* Causa prohibitionis in omnibus tribus procul dubio fuit, ne hoc contractu ab officiis suis auocarentur. *Decuriones* enim, qui erant magistratus in oppidis municipalibus denen municipal-Städten, permultis semper districti erant negotiis, vt ab alio commercio abstinere iuberentur. Ratione militum *in cit. l. 31.* inspecie hæc ratio additur, *ne præsumtione cinguli militaris vicinis graues sint et vsu armorum posthabita, ad opus rurestre se conferant. Clericis* autem nominatim hanc ob causam in memorata *Nou. 123.* a locationibus abstinere præceptum, quia ipsis negotiis secularibus se immiscere nullatenus permissum, id quod tamen hodie inprimis in ruralibus, quamuis male, sæpius fieri obseruamus. Interim quæ modo de *clericis* dicta sunt, non indistincte, sed de *conductione quæstuaria* prædiorum, lucrifaciendi gratia contracta, intelligenda. *Locatio* enim agrorum parochialium, derer Pfarr-Hufen, ipsis non modo indulgetur, sed etiam suadenda est, immo ad eam compellendos esse parochos probatis rationibus tradidi *in iure paroch. sect. V. c. 2. §. 14.* In Saxon. Elect. vero eiusmodi locatio agrorum parochialium cum præscitu fieri debet consistorii seu principis, alias contractus est ipso iure nullus. *ord. eccl. art. gen. 28.* CARPZ. *iur. consist. tit. 19. lib. 2. d. 304.*

nec non 1) decurionibus, 2) militibus 3) clericis.

ad locandos agros parochiales clerici nonnunquam compelluntur. In Sax. El. vero cum consensu principis locant.

§. VIII. Circa locationem et conductionem rusticorum prædiorum semper fere concurrere solet *contractus socidæ*, quando videlicet colono equi, boues, oues, instrumenta rustica

De socida.

ſtica Germ. Schif und Geſchirr etc. certo pretio æſtimata, vna cum prædio, cuius pars et acceſſorium ſunt, hoc pacto locantur et traduntur, vt periculum rerum ita æſtimatarum conductor in ſe recipiat. Hanc ob cauſam certum conficitur inuentarium, das Vieh- und Feld-Inuentarium, in quo æſtimatio ſingulorum capitum determinatur, et, vt ea recte ineatur, rei pecuariæ et oeconomicæ periti adhibendi, qui pecora et inſtrumenta ruſtica, præuia iuramenti impoſitione de veritate pretii dicenda, æſtiment. Modus autem ineundi hancce memoratam æſtimationem ſeu taxationem hic eſſe ſolet: vt VI. (interdum etiam IX. vel XII.) taxatores adhibiti, in tres claſſes diſtinguantur, et bini ſemper ſingula capita et inſtrumenta æſtiment: cumque ita triplex æſtimatio euenire ſoleat (v. gr. bini equum taxant pretio 30. thalerorum, alii 28. denique in vltima claſſe conſtituti 32. thal.) omnia horum pretia computentur, et ex illa computatione ita inita tertia pro vero pretio aſſumatur. Sic in dato exemplo omnium pretia 90. efficiunt inde tertia detracta eſt 30. thalerorum.

modus æſtimandi in ſocida.

§. IX. Cum itaque hoc modo pro certo pretio pecus prædii ſimul cum *inſtrumentis ruſticis* colono addicantur, de effectu potiſſimum, videndum eſt. Vbi conſtat, periculi intuitu hoc maxime fieri, *l. 50. §. f. D. loc.* vt ſcilicet conductor in locum demortuorum alia ſubſtituere vel finita locatione æſtimationem ſoluere teneatur, quod genus animalium ea propter dici ſolet eiſern Vieh, *vid.* RAVCHBAR. *p. II. qu. 29.* quamuis hoc, quod nimirum conductor in locum demortuorum pecorum teneatur alia ſubſtituere et inuentarium ſupplere, limitationem recipiat: quando lues ita in pecora ſæuierit, vt omnia aut plura perierint. Cum enim hic caſus ſit inſolitus, de eo contrahentes tempore contractus non agitarunt, adeoque locatorem

Eius effectus,

limitatio.

damnum

damnum ferre et eo onum excusari, æquitatis ratio iubet. RAVCHBAR. *l. c. n. 16. sqq.* Ceterum de hoc non conueniunt Dd. an *dominium* huius pecoris ferrei, durante contractu, in colonum transferatur, necne? affirmatiuam plurimi tuentur, ob *l 3. D. loc.* vbi POMPONIVS inquit: *cum fundus locetur et instrumentum æstimatum colonus accipiat, Proculus ait, id agi, vt instrumentum emtum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid æstimatum in dotem daretur.* Alii negatiuam defendentes statuunt, quod, non obstante hacce æstimatione et taxatione, neque dominium neque possessio in colonum transferatur, cum locatio non sit negotium ad *transferendum dominium* habile, nec contractus operari possit *vltra intentionem* contrahentium, *l. 19. D. si certum pet.*, quoniam dicta taxatio vnice ob *receptionem periculi* suscipitur. Vt adeo locator, moto creditorum concursu forsan, ratione coloni, extantes pecudes vindicare et in iis omnino ceteris creditoribus præferri, vxor autem debitoris in illis ius retentionis ob illata sibi asserere non debeat STRYK. *in V. M. tit. loc. §. 9.* ibique præiud. BERGER. *p. II. resp. 217.*

An omne dominium hic in colonum transeat?



CAP. II.

SELECTÆ OBSERVATIONES LOCATORI PRÆDIORVM RVSTICORVM COMMENDANDÆ.

ARGVMENTVM.

I. Cautelæ præcipue versantur in determinandis, quæ ex natura contractus non intelliguntur. II. Cautela in renunciatione

tione remedii L. 2. C. de rescind. vend. III. Cautela de conductore ob non solutam pensionem expellendo. IV. Cautela de hypotheca in illatis et in prædium rusticum inuectis constituenda, V. nec non in subcoloni inuectis. VI. Cautela de casu fortuito præstando. VII. Cautela in renunciationibus exceptionum VIII. Cautela in conductoris vxore in solidum obliganda, nec non in pacto commissorio IX. Cautela de foro locatoris agnoscendo. X. Cautela ratione relocationis XI. de vsu clausulæ cambialis in contractu locationis.

§. I.

Scopus huius capitis.

Contractum locationis et conductionis celebraturi variis se adstringere solent *pactis, clausulis, cautelis.* Possunt enim partes dare negotio formam, *l. 51. D. de V. O.* quam postmodum æque sancte obseruare debent, ac si *ipso iure* præscripta esset. Nam pactum inter priuatos initum dicitur *lex priuata, l. 10. Cod. de pactis*, et forma *legalis* ac *conuentionalis* in effectu æquipollent. Vnde hoc capite quasdam clausulas *locatori* commendandas euoluere atque examinare constitui. Fons interim *omnium clausularum ac cautelarum* est, vt locator conductorem adstringat ad ea, ad quæ ex *natura contractus* alias obligatus non est: *conductor* vero ea a se amouere studeat, ad quæ alias ex natura contractus tenetur. Vbi tamen per se patet, circa *naturalia* saltem, non vero circa *substantialia*, saluo manente contractu, per pacta aliquid immutari posse.

Cautela prima.

§. II. Quoniam ergo notum est, *remedium ex l. 2. C. de rescind. vend.* non in emtione et venditione solum, sed in omni-

omnibus etiam aliis contractibus, vbi mutuæ et æquales præstationes obtinent, et consequenter in locatione et conductione quoque locum sibi vindicare, SCHNEIDEWINVS *ad instit. l. 2. l. 3. tit. 25.* HAHN ad *Wesenbec. tit. de rescind. vend. p. 1026.* locator sibi prospiciat, huic beneficio in specie *vt renunciet* conductor. Obiiciunt quidem, dictum remedium, quia est lex *noua* et *correctoria iuris antiqui*, vnice ad emtionem et venditionem restringendum, nec ad alios contractus, nequidem ex identitate rationis, trahendum esse. vid. HVBER *in prælect. ad D. tit. locati n. 3.* Sed salua res est. Sanctio memorati remedii iam olim recepta, in dicta *l. 2.* vero apertius solummodo confirmata et determinata est; id quod apparet ex *l. 36. D. de V. O. l. 54. de contrahenda emt. l. 47. de euict.* Ergo ex paritate et identitate rationis omnino ad alios contractus, in quibus etiam *æquipollens præstatio* intenditur et desideratur, extendenda. Vbi enim adest eadem ratio, ibi eadem etiam iuris dispositio *l. 12. et 13. D. de legibus et l. 27. eod. l. 32. D. ad leg. Aquiliam.* Insuper de *locatione* minus videtur dubii superesse, quæ iisdem iuris regulis continetur, quibus emtio venditio. *princ. instit. de location. l. 2. pr. D. locat. l. 19. et 20. D. de act. emt. vend.* Et hæc nostra sententia in praxi expresse est recepta, teste CARPZOVIO *P. II. c. 34. d. 10.* qui mense Aug. 1622. ita pronunciatum esse refert: da ihr nun wie recht erweisen und darthun würdet, daß berührtes Gut zur Zeit des geschlossenen Pachts mehr denn noch eins so hoch genußet werden können, und ihr also im Pacht, über die Helffte eures Gebührnisses verkürßet worden ꝛc. So wäret ihr, daß solcher Pacht aufgehoben, oder aber der Mangel des rechten Pacht-Geldes ersetzet würde, zu suchen, wohl befugt V. R. W. Add. STRYK. *in V. M. tit. de rescind. vend. §. 6. et 14.* PACION. *de locat. et conduct. c. 18. §. 54.*

Remedium l. 2. C. de resc. vend. etiam in loc. conductione obtinet.

Cautela II. vt promte soluatur locarium.

§. III. In casu non solutae pensionis sancitum est in *l. 56. locati et c. 3. §. fin. X. eod.* quod conductor post biennium, et, si in singulos quadrantes merces soluenda, praeterlapsis duobus quadrantibus, expelli possit, idque etiam *priuata auctoritate*, si hoc pactum, uti communiter fit, contractui adiectum sit: Solte auch Conductor alle Quartal die versprochene Post der 500. Rthlr. nicht richtig abtragen, soll den Verpachter frey stehen, ihm so fort aus dem verpachteten Guthe eigenmächtiger Weise zu expelliren. Verum enim vero haec cautela minus est consulta, quia locator, propria auctoritate *colono inuito* rem locatam auferens, incidit in poenam EDICTI D. MARCI *in l. 13. D. quod metus causa et l. 17. C. vnde vi, l. pen. ad L. Iul. de vi priuat.* radicati, vigore cuius dominium rerum suarum amittit.

Edictum D. Marci.

Haec poena iam olim in Germania, antequam ipsum ius Romanum reciperetur, vsitata fuit, vt ex legibus Wisigothorum demonstrat, et adhuc hodie in viridi obseruantia esse, testatur SCHILTER *in exerc. ad D. XI. th. 13. et 14.* BERGER *P. II. resp. 117.* Conf. *diss. de poena ius. sibi sine iudice dicentis c. 2.*

an adhuc locum habeat?

Equidem in Saxonia contrarium obtinere quidam ex *iure prouinc. Saxon. lib. I. art. 47.* euincunt censentque, dominium hodie non amplius amitti, sed raptorem arbitrarie a iudice punitum laeso emendam 30. solidorum praestare teneri. CARPZOV. *P. 4. C. 35. D. XI.* MENCKEN *in theor. et prax. D. lib. 43. tit. 16. §. 8.* Sicuti vero haec quorundam opinatio vniuersalem Germaniae vsum haud euincit, ita omnes in eo conueniunt, quod nemo sibi ipsi ius *sine iudice* dicere queat. Nam hanc ob causam ordo iudiciorum est introductus *l. 16. C. de iudaeis.* Nec *obstat l. 3. C. de locat.* vbi rescripsit imperator ANTONIVS; conductorem, si pensionem in solidum soluerit domino, aede conducta expelli non posse; ex quo a contrario sensu concludunt, quod pensionem non soluens omnino

omnino expelli possit. Enimuero expellere potest locator colonum iusto tempore pensionem non soluentem, sed *legitimo modo* i. e. magistratus autoritate interueniente. Aliter enim in dicta lege rescriptum non esse intelligendum, iuris analogia et auctoritas euincit. WÜRMSER *in nucleo iur. controu. ad lib. III. instit. tit. 25. controu. 7.* add. *l. 176. de R. I. l. 3. C. de pignor. et hyp.*

§. IV. Tacitam hypothecam in *illatis* et in prædium rusticum inuectis locatori non competere de *iure ciuili* indubium est *per l. 7. D. locati et l. 5. C. eod.* (in terris Brandenburgicis enim aliud obtinere, tradit CELEB. DN. SCHLITTE *ad* B. LVDOVICI *v. pr. tit. locati diss. 4. n. fin.*) quam ob rem cautela pro locatore est, vt expresso pacto hypothecam sibi constituendam curet. vid. STRYK *caut. contr. sect. II. c. 9. §. 7.* In Saxonia autem electorali, vbi omnes tacitæ hypothecæ in totum sunt abrogatæ, per *ord. recogn. ad tit. 45. §. 4.* speciali, *hypotheca iudiciali* sibi prospicere tenetur, si aliquando iure pignoris aut prælationis, in inuectis et illatis a colono, frui percupiat. Memorata tamen haecce noua sanctione *ius retentionis* in fructibus natis, et ratione inquilini in rebus *illatis* non aufertur locatori, quam diu scilicet in bonis eius exstant; hanc enim interpretationem omnino flagitant verba *l. c.* nach Unterschied der Fälle. Cautela III.

§. V. Recensita dispositio dubio procul etiam ad *sub-conductorem* extendenda venit; cum enim primi conductoris illata, vt audiuimus, locatori obligata non sunt, multo minus in *subcoloni* inuectis hypothecam prætendere potest prædii rustici proprietarius. add. *l. 24. §. 1. D. locati.* Interim e re locatoris primi mirum in modum esse videtur, vt sublocationem Cautela IV.

tionem

tionem, After Verpachtung, aut ab initio plane sub pœna prohibeat, aut non aliter ad minimum, quam cum suo consensu, eam admittat, hunc in modum: Solte auch Herr Pachter während den Pacht-Jahren, das Guth einen andern sublociren wollen, soll ihn solches anderer Gestalt nicht frey stehen, als wenn vorher der subconductor ihm, den primo locatori, anständig, und neue Versicherung, bey Verpfändung aller seiner Güther, wird gestellet haben. MEV. *p. II. dec. 101.* Regulariter enim, inquit imp. ALEXANDER *in l. 6. C. Locati.* nemo prohibetur rem, quam conduxit, alii locare siue pro maiori aut minori. NOODT *com. ad D. tit. locati p. 423* idque eo magis suadendum erit locatori, quoniam maximo ipsi hoc præiudicio esse posset, si v. g. sublocatio fieret eiusmodi personæ, quæ dominium fundi locati prætendit, atque in procinctu est, rei vindicationem instituere. Accedit, quod nostri agri maiorem in cultura diligentiam requirant, quam Romanorum, et sic semper personæ industria electa esse censeatur. add. SCHILTER *Exer. 31. §. 10.*

sublocationis incommoda.

Cautela V.

§. VI. Præterea commendanda quoque locatori cautela per pactum, vt adigat conductorem, quo omnes casus fortuitos, *solitos* et *insolitissimos*, in se recipiat; non quidem generaliter, sed quibusdam speciebus antea expressis v. g. es verpflichtet sich auch der Herr Pachter alle Unglücks-Falle, als Wetter-Hagel-Feuer-Wasser-Schaden, Mause-Fraß, grosse Dürre, und wie sie ferner Nahmen haben mögen, allein zu tragen, und dißfalls keine remission oder Erlaß der Pacht-Gelder zu fodern. Generalis enim renunciatio et receptio casuum fortuitorum, cui non præcessit specialis quorundam enumeratio, non magni erit effectus *arg. l. 40. D. de iure fisci.* Neque enim quis de casu aliquo fortuito tenebitur, nisi per conuentionem specialem causæ eorum fuerint expressæ. *arg. l. 4. §. 4. D. si quis caution. in*

iud.

iud. sist. causa. add. *L. vlt. §. 3. D. de condict. indebit. it. l. 46. de peculio.* Nam expressa nocent, non expressa vero non nocent, per clarum textum *in l. 195. D. de R. I.* Et in generali concessione non veniunt ea, quæ quis non esset verisimiliter in specie concessurus. *c. 81. de R. I. in 6.* add. DALNERVS in *tractat. de renunc. c. 2. n. 2.* SCHWENDEND. *ad Fibig. p. m. 879.* it. HVBER *in prælect. ad D. tit. locati n. 26.* vbi contra SANDIVM disputat et variis responsis hanc nostram sententiam firmat.

§. VII. Pari modo efficiat locator, vt colonus omnibus aliis renunciet exceptionibus (quamuis renunciatio *doli*, ex ratione, quod ad delinquendum inuitaret, sit nullius plane effectus. *l. 27. §. 3. de pactis* iuncta *l. 23. de R. I.*) et caueat, ne hoc latina exprimat lingua, quoniam cum coloni eius ignari esse soleant, hoc alias parum aut nihil ipsi esset profuturum. Ad omnem enim renunciationem requiritur, vt renunciaturus bene compertum habeat, quid iuris sibi competat, cui renunciare vult. *l. 19. in f. D. de inof. testam.* Conf. *introduct. ad ius. D. tit. de legibus §. II.* et HVBER. *in prælect. ad D. lib. 16. tit. 1.* Nec inutile erit, has renunciationes, quæ magni momenti sunt, a locatore expresse acceptari v. gr. massen Herr Verpachter den von Pachtern geschehen Verzicht obiger Rechts-Wohlthaten, hiemit in bester Form rechtens acceptirt, auch andrer gestalt nicht, als vermittelst sothaner renunciation, der Contract geschlossen haben will. Sic enim, cum per *pactum* fiat renunciatio, eo validior est, nec æque facile illi contrauenire permissum. MASCARDVS *de probat. vol. 1. conc. 346. n. 12.* Cautela VI.

§. VIII. Et quemadmodum prouidi locatores cum conductore, diuitem vxorem in matrimonio habente, contrahentes, curare solent, vt eius vxor, autoritate et consensu Cautela VII.

cura-

curatoris, se simul in solidum obliget, aut pro marito praeuia

Cautela VIII. iurata renunciatione *authenticae, si qua mulier. Cod. ad SCtum Vellei.* legaliter fideiubeat: ita contractui addere queunt *L. commissoriam*, si metuant, ne promissa cautio iusto tempore non soluatur; würde aber Pachter den Rest des stipulirten Vorstandes binnen dato und vier Wochen nicht erlegen, soll der getroffene Pacht-Contractat null und nichtig seyn ꝛc. Exinde etiam hanc vtilitatem sentit locator, vt, a colono iam solutum, lucretur

de pacto commissorio. per *l. 4. §. 1. D. de leg. commiss.* Nam cum in emtione venditione hoc de *iure ciuili* obtineat, quidni etiam in locatione, quum haec iisdem regulis iuris, vti supra deductum, contineatur et par ratio hic adsit. Vnde vulgo dicitur: *pactum commissorium esse modum ditescendi.*

Cautela IX. §. IX. Expediti quoque est iuris, conductorem, si locator *iurisdictione* forsan gaudeat *patrimoniali*, illius tamen iurisdictioni subiectum haud esse, quamuis locator sibi eam expressis verbis reseruauerit. Talis enim *reseruatio* facta solummodo censetur quoad *rusticos*, non vero quoad *personam pensionarii*, vtpote qui cum locatore, tanquam correlato suo, ad paria iudicatur et proinde eodem foro, quo locator, gaudet. MEVIVS *P. IV. decis. 246.* Rebus ergo sic stantibus locator, vt eius *iurisdictionem*, non modo in casu non solutae pensionis, sed et omnibus aliis in causis agnoscere velit, pacto eum adstringere studeat. Quo casu tamen colonus, si hanc locatoris jurisdictionem sibi nociuam esse putet, mediante oblatione *ad iuramentum perhorrescentiae in praxi vbique vsitata* se ei subtrahere potest v. DARTH. *diss. 169.* aliique Dd.

Cautela X. §. X. De *relocatione* notum est, quod haec semper iisdem facta esse censeatur conditionibus, quibus ab initio contractum

fuit

fuit. Ex quo conficitur, quod, si locator pensionem forsan rei locatæ augeri cupiat, inuigilare eum oporteat, vt, antequam plene finita fuerit prior conductio, de nouo paciscatur cum colono, ad maiorem mercedis summam soluendam. Alioquin enim, si tacet, et conductor, patiente locatore, post finitum contractum in fundo remanet, tunc non amplius est res integra, sed conductor pro pensione, ab initio stipulata, censetur reconduxisse. conf. *l. 13. §. 11. D. locati et l. 7. C. eod.*

§. XI. Denique locator contractui adiicere potest *clausulam cambialem.* Idcirco non inutile esse autumo, quæstionem hic euoluere: num locator, si clausulam, nach Wechsel-Recht, contractui inseruerit, *cambialiter* aduersus colonum experiri queat? Putat quidem LVDOVICI in der Einleitung zum Wechsel-Proceß. *c. XI. §. 1.* hoc minime procedere et ex *contractu bilaterali*, qualis est locatio, nunquam *cambialiter* agi posse, nec ambigo, eius sententiam extra Saxoniam in viridi esse obseruantia. Ast in Saxonia aliter se rem habere, et omnino affirmatiue ad propositam quæstionem responderi posse, certum est. conf. *ord. proc. El. recogn. in append. §. 9.* vbi scilicet processus cambialis non inter mercatores solum locum habet, sed etiam inter omnes, qui literas cambiales scripserunt, aut se alias iuri cambiali subiecerunt, in verbis: sondern auch gegen andere, so Wechsel-Brieffe ausgestellet, oder sich nach Wechsel-Recht verschrieben haben. Nec obstat, quod hic adsit negotium *bilaterale*; respondetur enim, in Saxonia quoduis instrumentum, ex quo statim apparet, quid, quale, quantum, qui debeatur et a quo, pro *guarentigionato* esse habendum, ex quo, si alias *termini habiles* adsunt, *executiue*, et, addita clausula: nach Wechsel-Recht, reus *cambialiter* conueniri potest. Adde omnino RIVINVM *tit. 25. enunc. 22.*

Quid de clausula cambiali, contractui locationis inserenda.

CAPVT III.

SELECTAE OBSERVATIONES CONDVCTORI PRAEDIORVM RVSTICORVM PROFICVAE.

ARGVMENTVM.

I. Cautelæ Conductoris. II. Quomodo ratione præstitæ cautionis sibi prospiciat? III. Cum ære alieno onerato non facile contrahat. IV. Hypotheca vel pacto de non alienando sibi prospiciat. V. Non sine consignatione pertinentiarum conducat. VI. Quomodo ratione non impleti contractus sibi prospiciat? VII. Quid ratione iuris patronatus et iurisdictionis fundo locato inhærentis obseruandum? VIII. Casus fortuitos non facile in se suscipiat. IX. De pensionis remissione ob damna fortuita stipuletur. X. Beneficiis iuris non facile renunciet. XI. Pactum de emigrando expresse ineat. XII. XIII. De expensis in rem factis repetendis paciscatur.

§. I.

Connexio cum cap. praeced.

Dictum est *cap. præced.* de *locatore*, et quomodo iste caute in contrahendo versari possit: ordo nunc postulat, vt de *colono* nonnulla proferamus. Conductorem (qui etiam *colonus*, a colendo, *pensionarius*, a pensione soluenda audit,) maxime cautum esse oportet, circa hunc contractum in-

ineundum, quoniam variis eum irretire solent pactis atque clausulis locatores. Inuigilare igitur tenetur, vti iam supra monui, ne ea per pactum in se recipiat, ad quae ex natura contractus obligatus alias non est. Vnicuique enim liberum est ac permissum, pro suis inuigilare commodis, damnumque sibi imminens auertere *l. 1. D. de damn. infect.*

§. II. Ante omnia operam nauare debet maximam vt *cautionem praestitam*, den Vorstand, in fine contractus recipere queat, cum *nobili* seu vasallo quodam contracturus. Qui si heredibus forsan est destitutus feudalibus, et feudum conductum, vel ad *dominum directum*, vel ad *agnatos*, aut in Saxonia ad *simultanee inuestitos*, die Gesamt-Händer, deuoluitur, contra hos, vtpote qui causam succedendi non ab vltimo defuncto, sed vel a primo acquirente vel aliunde habent, nulli colono competit actio, ratione *cautionis* nec hi contractum, si nondum est finitus, continuare tenentur: resoluto enim iure dantis, resoluitur ius accipientis. *arg. l. 31. D. de pignor.* Quocirca conductori nihil superest, quam contra heredes allodiales, die Land-Erben, defunctum repraesentantes, regressum vt sumat, ratione damnorum et interesse, qui, si nihil in bonis habent, nihil etiam petere potest, BERGER *P. II resp. 158.* vt nec ad successores feudales recurrere queat, quia hi nihil praeter *debita feudalia* soluunt. STRYK *in exam. iur. feud. c. 21. qu. 23.* Non ergo prius contractum ad perfectionem suam peruenire patiatur, quam *dominus directus* et *simultanei inuestiti* consenserint, ac insuper ipsi *hypotheca* in feudo constituta fuerit. Hac impetrata securus est, mortuoque locatore ius retentionis, ob consecutum *ius reale*, tamdiu exercere potest, donec ipsi plenarie satisfactum. Memorata tamen cautione minime opus est, si *heredes* feudales seu filii adsunt; hi enim facto patris

Cautela I. pro conductore.

tris non contrauenire, nec feudum ab allodio separare queunt, per 2. *f.* 45. *et* 51. *§. Filius*. Hinc etiam debita a patre contracta indistincte soluere tenetur filius: quamuis huic incommodo, quod obiter hic noto, se quadantenus subtrahere possit, si abstrahendo a paterna hereditate, de nouo cum feudo a domino directo vt inuestiatur, curet.

Filius nobilis tenetur debita paterna soluere.

cautela pro eo.

Cautela II.

§. III. Pari modo curatius inuestigare opus est, anis, quocum contractum celebrare cupit, multo sit grauatus *aere alieno?* De hoc certior factus, confestim a contrahendo abstineat, praesertim in terris Saxonicis, *vbi*, *moto* forsan concursu, contractus locationis et conductionis statim habetur pro extincto, et colonus *concursui*, licet praenumerando pensionem iam soluerit, aut hypothecam iudicialem constitutam habeat, se immittere cogitur, per ea, quae tradit *Ord. pr. Sax. rec. tit.* 39. *§.* 4. in verbis: Immassen denn auch &c.

Cautela III.

§. IV. Cum contingere possit, vt locator, durante contractu, praedium locatum alteri vendat, et conductor a nouo emtore expellatur, secundum notum prouerbium: Kauf gehet vor Miethe; id quod non in praxi solum, sed etiam theoria est verissimum; v. Brunn. *ad l.* 9. *C. de loc.* noui emtoris enim ius est fortius: idcirco consultum est pro *conductore*, vt eum in finem non modo *hypothecam* sibi constituendam, verum etiam *pactum de non alienando* expressis verbis instrumento contractus inserendum curet. Tunc enim impetrat *ius reale*, plenarie eum securum reddens contra nouum emtorem, *personali* tantum *iure* gaudentem. Carpz. *p. II. c* 37. *D.* 4. Ceterum haec decisio, scilicet emtorem posse expellere conductorem, procedit tantum in *successore voluntario*, non *necessario*, in quem necessitate cogente dominium est translatum.

Emtor expellit conductorem

limitatio.

latum. Huc referuntur creditores in fundum immissi, qui locationi a debitore ante immissionem factæ omnino stare tenentur. *l. 8. §. 1. D. de reb. aut. iud. poss.* Idem obtinet, si res locata fuerit sub *hasta vendita.* Is enim, qui per sententiam iudicis succedit, tenetur stare locationi, nisi facta sit in fraudem. CARPZ. *lib. V. respons. 17. n. 19.* Ceterum quamuis emtor vi *l. 9. C. de loc.* expellere possit colonum, hic tamen ita simpliciter cedere et emigrare non tenetur, sed conuenire potest locatorem a contractu discedentem *ad interesse* et *damna*, quæ ex præmaturo eiusmodi discessu sensit, resarcienda. *l. 24. §. 4. D. loc. iuncta l. 33. eod.* CARPZ. *p. II. c. 37. D. 5.* ibique præiudic. RICHTER *decis. 81. n. 2. et dec. 82. n. 9.* vbi a scabinis Lipsiensibus ita quoque responsum esse refert, verbis; es mag sich der Miethor seines Schadens an den Vermiethor erhohlen. Cautus ergo hic erit conductor, ne sine protestatione, de consequendo interesse, cedat et emigret. vid. MEVII *resolut. illustr. p. 26.* CAROCIVS *de locat. p. IV. qu. 37. n. 41.*

§. V. Solent præterea locatores vt plurimum rem, quam locare percupiunt, mirum in modum extollere et laudare, simul tamen circumuenire laudando colonos; quapropter admodum caute procedit conductor, si *consignationem*, den Anschlag, sibi edi postulet, eamque accuratissime perlustratam, ad maiorem sui securitatem, antequam contractum celebrat, a locatore subscribendam curet, quo facto, si postea appareat, vnum vel alterum deficere, probatio ea facilior erit, locatorem *dolose* cum eo egisse. *Cautela IV.*

§. VI. Imo adhuc rectius suam vtilitatem promouet conductor, si mox ab initio *pactum commissorium* contractum adiiciat, vt, si locator eam non adimpleat, et præstanda ac pro- *Cautela V. L. Commissoria colono commendatur.*

 missa

missa intra certum ac determinatum tempus haud præstet, contractus sit ipso iure nullus. Ex hoc pacto etiam illud lucratur, vt fructus, quos interim perceperit, suos faciat, nec pro iis locatori aliquid soluere teneatur. Hic enim est effectus dictæ legis commissoriæ de *iure Romano*, nec quicquam iniquitatis sapit. Nam damnum, quod quis sua culpa sentit, non est damnum. Adde quæ dixi *cap. praec.* Potest etiam conductor pœnam conuentionalem, a locatore in casu *non adimpleti contractus* ipsi soluendam, stipulari, quo ipso ab onere probandi se liberat. Notum enim, quod omnis *pœna conuentionalis* sit instar interesse, et releuet a probatione eius, quod interest per §. 7. *I. de V. O.* Denique melius est mox ab initio intacta iura seruare, quam post vulneratam causam remedium quærere *l. 5. C. in quib. caus. in integr. restit.*

Cautela V.

Cautela VI.

§. VII Expediti quidem iuris est, locata re principali etiam accessoria et pertinentias simul locatas censeri; ita, vt quoque iure patronatus, si locator cum eo inuestitus sit, nec illud in specie exceperit, vti, et sic mortuo pastore durante contractu, alium præsentare et vocare possit conductor, *c. 7, X. de iure patronatus.* Conf. *annotat. ad Coruini. ius canon. p. m. 269. nota 11.* quamuis antea nihil de eo dictum fuerit, teste CARPZ. *p. II. c. 37. d. 22.* qui ad requisitionem senatus Lipsiensis ita iudicatum esse asserit; Habt ihr das Guth etliche Jahre um einen gewissen Pacht ausgethan. Dafern ihr nun mit ausdrücklichen Worten das ius patronatus nicht ausgenommen etc. so stünde solches dem conductori oder Pachtmanne zu, und würde demnach ein neuer Pfarrer anitzo von ihm billig vociret. Verum enim vero cum Dd. ratione *iurisdictionis* grauiter dissentiant, v. BERLICH *p. II. dec. 166.* litium euitandarum causa, sibi eam expresso pacto stipulari et, si *criminalem* simul exercere desiderat, cauere debet,

bet, vt locator expenſas in inquiſitiones faciendas, aut ſuppeditet, aut a penſione ſibi eas detrahi patiatur. Hoc non facto, ipſe hoſce ſumtus, qui maximo ipſi aliquando incommodo eſſe queunt, ferre tenetur.

Cautela VII.

§. VIII. His diligenter obſeruatis curet quoque, vt ne vllos in ſe ſuſcipiat caſus fortuitos, ſiue *ſolitos* ſiue *inſolitos*; ex natura enim contractus eos ferre non tenetur. Nam caſus fortuitus eſt inopinatus euentus, qui conſilio humano neque praeuideri, neque praecaueri potuit, *l. 4. C. de peric. tut.* quem in contractibus bonae fidei, qualis eſt locatio. *§. 28. I. de act.* nemo praeſtat, ſed vnice dominus ferre tenetur. *l. 15. §. 2. D. loc. l. 28. C. eod. l. 23. D. de R. I.* Quamuis diſſentiat GROTIVS *de I. B. ac. P. lib. II. c. 12. §. 18.* putans, ſecundum *ius naturae* damnum eſſe *conductoris*, nec vllam propter calamitatem huiusmodi penſionis remiſſionem ipſi eſſe indulgendam. At enim vero GROTII opinio neque in iure *naturae* neque *ciuili* vllum habet fundamentum, cum naturali aequitati aduerſum ſit, imputari alicui, quod nulla ratione praeuideri, nullo conſilio humano auerti, aut praecaueri potuit *l. 18. D. commodati l. 24. §. 4. de damno inf.* penſio enim ſoluitur propter vſum rei, quo ceſſante, neceſſario et illam ceſſare oportet. Et quemadmodum, ſi nulla adſit res, quae venditur, fruſtra et omnis venditio: ita fruſtra locatio, vbi nullus vſus v. ZIEGLER. *ad Grot. l. c.* et KVLPIS. *in colleg. Grot. p. m. 82.* qui cum PVFENDORFFIO aliisque optime ſtatuunt, etiam iuris naturae eſſe, vt colono ob ingens damnum merces remittatur. Adde omnino Dn. LEYSER *in medit. ad D. vol. III. p. m. 679.* vbi erudite pariter ac eleganter hac de re diſſerit, eique praeiudicium annectit. Accedit, quod locator de lucro captando, conductor autem de damno vitando certet, et ſic hanc quoque ob cauſam huius

caſus fortuitus quid?

ſpectat hic ad locatorem.

Colono ob ingens per. caſum damnum penſio remittenda

con-

conditio fauorabilior esse debeat. Nam si locator ipse prædium habuisset, dubio procul damnum etiam sensisset conf. *l. 14. §. 1. D. depositi.* Ergo locator omnino colonum indemnem præstare, et pensionem remittere tenetur, quod ampliatur, licet damnum in fructibus iam perceptis, wenn das Korn bereits abgemeyet oder eingefahren worden, contigerit, quia par ratio hic adest. Nec obstat, quod conductor per separationem a fundo fructuum factus sit dominus et res pereat suo domino, hoc enim non aliter intelligendum, quam quod colonus ratione impensarum et interesse nihil prætendere queat. Nam nulla est consequentia: fructus pereunt colono. Ergo ille etiam tenetur integram soluere pensionem. Pereunt ipsi fructus solum quoad amissionem operæ, sudoris, sperati lucri etc. non autem ad onus subeundum, quod respectu fructuum promissum erat. Nemo enim duplici onere affici, nec afflicto noua afflictio addi debet; *l. 14. de off. præs.* modo colonus non fuerit in culpa vel mora *l. 12. D. de peric. et commodo rei vend.* add. MEVIUS *in resolut. illustr p. 26.*

licet fructus iam sint percepti.

Cautela VIII.

§. IX. Ceterum, inter casus *solitos* et *insolitos*, qui distinguunt, admodum cespitant de ipso differentiæ fundamento, cum nonnulii Dd. statuant, *insolitum* esse, qui rarissime vel nunquam eueniat; alii vero, qui centum annis semel, *insolitissimum* contra, qui mille annis semel contingat. Verum his accurate definiendis et determinandis non immorabor, quod eorum diiudicatio vnice *iudicis arbitrio*, ob deficientem legum dispositionem, relinqui debeat; id quod in omnibus eiusmodi rebus fit, vbi *tempus* non est determinatum *arg. l. 1. §. 2 D. de iur. del.* Hoc tamen consultum est conductori; vt quia nullos casus fortuitos suscipere tenetur, stipuletur, quo *pensionis remissio* ob sterilitatem, quam de iure postulare potest, per singu-

ſingulos annos fiat, nec vbertas ſequentis cum ſterilitate præſentis anni compenſetur, *v. l. 8. C. de loc.* Denique ſi damnum penſionem excedat, etiam hoc reſarciat locator.

§. X. Quam ob rem nullis *exceptionibus* aut *beneficiis iuris* ſibi competentibus *renunciet*, aut, ſi forſan locator hoc vrgeat, nec aliter contractum celebrare vellet, renunciationem exceptionum tantummodo *generaliter* concipiat, quoniam exinde non ita ſtricte et arcte obligabitur, ac ſi *ſpeciatim* pluribus renunciauerit exceptionibus et beneficiis, quibus poſtmodum *generalis* ſubiuncta eſt clauſula *arg. l. 4. §. 4. D. ſi quis caution. in iud.* add. quæ dicta ſunt *cap. II. §. 6.* Cautela IX.

§. XI. Denique cum notum ſit pariter ac veriſſimum, quod communio ſit mater ſeu occaſio rixarum; prædium ruſticum conducturus caueat, ne concedat locatori facultatem remanendi in prædio locato, ſed *pactum de emigrando*, durante contractu, per expreſſum addat; ſimulque paciſcatur, vt, ſi fortaſſe damnum ipſi contingat, ſiue hoc fiat *caſu fortuito*, ſiue *culpa locatoris*, ſiue alio quocunque modo hoc ei absque vllis ambagibus, ſecundum propriam illius liquidationem, iuramento confirmatam, refundatur. Cautela X. vt pactum de emigrando contractui addat colonus.

§. XII. Ratione *impenſarum* varias quoque diſputationes a Dd. moueri, in propatulo eſt. Equidem *l. 55. §. 1. D. loc.* ſatis clare diſponit, quod repeti queant impenſæ *neceſſariæ* et *vtiles*, non vero *vſuræ* harum impenſarum CARPZ. *p. II. c. 37. d. 26. et 27.* ibique *præiud.* Sed quæritur, ſi cui iniunctum ſub initio locationis, vt aggeres, vias, fontes, foſſas, pontes etc. reficeret, an finito contractu haſce poſſit repetere expenſas? Putat equidem HVBER *in præl. ad pand.* hoc non proce- quid de impenſis notandum.

dere, prouocans ad praeiudicium. Aſt vix eſt, vt huic reſponſo aliquid ponderis ineſſe dicamus, cum illud ſatis ſuſpectum videatur, ex ratione, quod ordines Friſiae iudices in propria cauſa fuerint. Idcirco, quia eiusmodi pactum duplicem admittit ſenſum, 1) vt reficiat, 2) impenſas ferat, ad id ſe adſtrinxiſſe videtur colonus, quod minimum eſt, et quod cum vulgari ſermocinantium intellectu conuenit arg. *l. 1. D. de iur. delib.* In omni enim negotio mitior capienda praeſumtio. Deinde disquiritur, an ſaltem expenſas recipiat, an quantum fundus melior exiſtat? Et praeferenda videtur opinio, colonum ſaltem expenſas repetere poſſe, ob verba *dict. l. 55.* QVAE IMPENDIT; Si vero expenſae meliorationem ſuperant, quantum melior exiſtit, per *l. 38. D. de R. V. l. 29. §. 2. de pignor.* Interim, quia vbiuis diſſentiunt Dd., per pacta adiecta, ad praeſcindendas futuras lites, ſibi omnia vt reſeruet conductor, conſultius erit.

§. XIII. Dixi *§. praeced.* de expenſis, durante contractu factis. Quid ſi vero colonus, inuito locatore, non tamen absque iuſta cauſa, *finita locatione* retineat fundum, *impenſasque* in eum faciat *neceſſarias et vtiles*, quaeritur: vtrum quando ex poſt, praeſtita forſitan cautione a parte locatoris exmittitur, ipſi refundendae ſint? Quod aſſerendum arbitror, cum et iniuſto poſſeſſori vtiles impenſae ac neceſſariae v. g. ſemen, mercedes famulorum etc. ſint reddendae. Ergo et hoc caſu conductorem eas repetere de iure poſſe, nullus dubito vid. L. B. de LYNCKER *in conſil. et reſp. 66. n. 19.* iuncto *l. 5. C. de R. V.* ibique BRVNNEM. *l. 38. D. de heredit. petitione.*

Expenſae vtiles et neceſſaiae coloно indiſtincte ſunt reddendae.

CA-

CAPVT IV.

OBSERVATIONES NONNVLLAE CIRCA PROCESSVM OCCVRRENTES.

ARGVMENTVM.

I. De actione conducti. Quam culpam præstet locator? II. An damnum a tertio illatum præstet? III. De Probatione damni, IV. et quidem per iuramentum zenonianum vel V. per testes, et VI. per iuramenti delationem. VII. Ex pactis, locationi, in scriptis celebratæ, adiectis datur actio. VIII. IX. De effectu clausularum in instrumento locationis, latine conceptarum. X. Conductoris retentionis ius. XI. Qua actione conductor repetat, quod locatoris creditoribus solutum est? XII. De actione locati. XIII. Ponit implementum contractus. XIV. De indole exceptionis non impleti contractus secundum ius Sax. Elect. XV. De replica, ea contractu non comprehendi, vnde petitur deficientis implementi exceptio.

§. I.

Locationis et conductionis contractus duas producit actiones et quidem *vtrimque directas*, cum vterque contrahentium mox ab initio et æque *principaliter* obligetur. In quocunque enim contractu vtraque pars contrahentium statim ab initio *directo* et *principaliter* obligatur, ex eo nascitur actio vtrimque directa; in quocunque autem vna pars

ab initio et principaliter obligatur, altera vero ex postfacto et per accidens, ex eo nascitur actio directa et contraria. (*)

Actio conducti quid?

Colono ergo competit secundum VLPIANVM in *l. 15. D. loc. actio conducti*, quæ est actio personalis, rei persecutoria *§. 17. I. de action.* bonæ fidei *l. 6. C. de locato*, *tendens* ad id, vt locator vsum rei præstet, expensas in rem factas, vtiles scilicet et necessarias, refundat, damna dolo culpaue data resarciat, et ad quod alias ex natura contractus pactisque adiectis tenetur, præstet. Locator enim conductori non solum ad simplicem rei traditionem obstrictus, *l. 15. §. 1. D. loc.* sed et ad patientiam successiuam vsus et fruitionis præstandam, ad tempus conuentum vsque, nec non ad remotionem omnium impedimentorum, per clarum text. in *l. 25. D. loc.* Et, si facto locatoris iniusto colonus impeditur, vti frui re conducta, v. gr. si locator ipse percipiat fructus, aut aliis res locatas ad vtendum fruendum tradat etc. tenetur conductori non modo ad remissionem pensionis, verum etiam ad *interesse*, i. e. damnum emergens et lucrum cessans. *v. l. 15. § 8. D. loc. l. 33. in f. eod.* NOODT *in comment. ad pand. p. m. 426.* nec consistit hoc locatoris factum solum in *faciendo*, sed in *omittendo* etiam, puta, si casum vel damnum aliquod diligenti circumspectione, consilio vel labore auertere potuisset, id quod tamen omisit, et sic merito pro *causa morali* reputandus sit. Ille vero, qui non præstat id, ad quod obstrictus est, præsumitur in dolo esse *arg. l. 7. D. de admin. tutor.* add. PANTZSCHMAN. *p. I. qu 14. n. 2. 3. sq.* et quoniam naturali æquitati repugnat, vt colono quouis modo dolus

(*) Hæ regulæ communiter dantur a Dd. ad discernendos contractus actionem vtrinque directam, et actionem directam et contrariam producentes. Breuius vero et melius erit, si dicamus; omnis contractus bilateralis producit actionem, vtrinque directam, præter hos VI. 1) commodatum, 2) mandatum, 3) depositum 4) pignus, (5) negotiorum gestio et (6) tutelæ administratio.

lus locatoris noceat *arg. l. 7. de dolo malo*, iuncta *l. 5. D. de pact. dotal.* cum iniquissimum sit, ex facto vnius alterum prægrauari, *l. 22. et 27. D. de negot. gest.* ideo et hoc in casu ad *interesse* præstandum iura eum condemnant vid. MEVIVS *de pensionariis qu. 3. n. 35.* Interesse tamen hoc, *duplum pensionis*, per integrum locationis conductionis tempus promissæ excedere non debet per *l. vn. C. de sent.* quæ pro eo, quod interest.

§. II. Si vero damnum *a tertio* quodam sit datum, videndum, vtrum locator illud *impedire* potuerit, nec ne? *priori* casu eadem obtinent, quæ in *§. præc.* dicta sunt, scilic. tenetur colono, quia *causa moralis* est, ad id, quod interest *l. 9. §. I. l. 13. §. 7. D. locati*, *posteriori* vero casu tenetur tantum ad remissionem mercedis, pro rata impedimenti vel temporis, vti frui impediti, per clara verba in *l. 33. eod.* conf. FRANZK. *tit. loc. n. 134. seq.* Et hoc quoque iuris est, si *casu fortuito* v. g. ob incendium, nimiam siccitatem etc. damnum contigerit, tunc etiam locator non tenetur ad interesse, sed vnice ad mercedis exonerationem, vt remittatur, si adhuc debita, vel reddatur, si iam soluta vel prænumerata fuerit add. *l. 15. §. 2. l. 25. §. 6. it. l. 9. §. 1. D. loc.* iuncta *l. 8. C. eod.* CARPZ. *p. II. c. 37. d. 14.* *Si damnum a tertio datum, quid tunc iuris?*

§. III. Quibus ita se habentibus, disquiri meretur, quomodo damna perpessa a colono *probari* et ad liquidum deduci queant? Si cautelam *cap. præc. §. XII.* allatam ante oculos habuerit, facili negotio damnum probare poterit. Hac vero deficiente, vti communiter fit, quomodo tunc procedendum, si locator litem negatiue contestetur, vt damnum probetur ratione quantitatis? Respond. distinguendo; aut *dolo* vel *facto locatoris iniusto* damnum contigit; aut *facto tertii*, vel *casu* ali- *Damna quomodo probanda?*

Iuramentum in litem an locum habeat? quo *fortuito.* Priori casu, positis terminis habilibus, locum habere potest *iuramentum in litem* veritatis *l. 4. §. 1. D. de in litem iur.* quippe quod in iudiciis b. f. et arbitrariis, concurrente *dolo* vel *lata culpa*, obtinet, ac toties deferri debet a iudice, quoties vera rei aestimatio aliter probari nequit *l. 5. §. vlt. eod.* NOODT *ad pand. p. m. 289.* MENCKEN *in theor. et prax. Pand. lib. XII. t. 3. §. 8.* Et tanti iudex reum condemnat, quanti actor in litem iurauit *l. 3. C. de in lit. iur.* quid? quod actor se ad illud offerre possit. Conf. Dn. LEYSER *ad pand. vol. I. sp. 66. meditat. 9.*

de iuramento zenoniano et eius sede, §. IV. In casu autem, vbi adhibita est vis expulsiua, locum sibi vindicat *iuramentum Zenonianum* ab *Imp. Zenone in l. 9. C. vnde vi* introductum, quo mediante, si non potuerit, qui vim sustinuit, singula comprobare taxatione, a iudice facta, pro personarum atque negotii qualitate, sacramento aestimationem rerum, quas perdidit, manifestare potest, ad quam soluendam postmodum reus condemnatur. Primo nimirum liquidat actor damnum, deinde, praeuia moderatione, per sententiam interlocutoriam iurare iubetur, hoc modo: *Formula sententiae qua adiudicatur.* Daß die libellirte Summe auf 600 Rthl. zu mäßigen. Würde nun Kläger, daß die von ihm erlittene Schaden unter obige Summe der 600 Rthl. sich nicht belauffen, schweren, immassen vor allen Dingen zu beschehen: So ist Beklagter solche Summe u. die Unkosten hingegen, so auf zumäßigen, schlechterdings zu erstatten schuldig. Vid. WERNHER *in Iurisprud. Formular. p. m. 48.* Cum vero hic vltra moderationem iudicis iurare non liceat; casus autem vix dabilis sit, actorem infra eam esse iuraturum, obiicere aliquis posset, quod hocce ius iurandum sit otiosum et superfluum. *an sit superfluum?* Ast, quicquid sit, forma haec a legibus semel est praescripta; actus vero contra formam gestus est ipso iure nullus *arg-*

arg. l. 55. D. de condit. et demonstr. Et quoties aliquid pro forma requiritur toties illud nec per æquipollens poteſt ſuppleri *l. 24. in f. D. ad municipal. et de inc.* Ergo memoratum iuramentum omnino eſt obſeruandum et hodie in Saxonia *vig. O. P. R. ad tit. XXX. §. 2.* obtinet; iuramentum *minorationis* autem der Verminderungs-Eid, ob maximum ſine dubio eius abuſum *l. c.* penitus ibi eſt abrogatum. (*)

In Sax. El. hodie obtinet.

§. V. Hæc ita ſe habent, ſi inſignis locatoris concurrat *dolus*: illo vero deficiente, per teſtes dubio procul probatio inſtituenda erit. Quid autem iuris, ſi teſtes probe quidem ſciant, colonum damnum ſenſiſſe, aſt *quantitatem* in articulis probatorialibus expreſſam ignorent? Rurſus facilis eſt reſponſio; debito enim in genere probato, ſi ſaltem de quantitate dubitetur, ſtandum eſt iuramento creditoris ſeu actoris. DN. LEYSER *in medit. ad pand. vol. III. p. m. 14.* CARPZ. *p. III. c. XXII. d. 9. n. 9.*

de probatione damnorum per teſtes

§. VI. Non tam vnice per teſtes hoc in paſſu damnum probare obſtrictus eſt colonus, ſed *iuſiurandum iudiciale* etiam locatori deſuper deferri poteſt. Delatio enim iuramenti in omnibus cauſis, etiam famoſis et delictis, ſi ciuiliter agatur, obtinet, ac perinde eſt, ſiue factum ſit proprium, ſiue alienum (**), ſiue aliquis ſpeciem veritatis pro ſe afferat et probet, ſiue non, cum ſatis ſit, deferentem de *iuramento calumniæ* antea teneri

vel per iuramenti delationem.

WERN-

(*) Epicriſin STRYKII *de iuram. minorationis* ſeu diminutionis vid. in *V. M. tit. de in litem iur. §. 13.* ibi enim, rationibus non contemnendis, iuramentum hoc penitus improbat.

(**) Intellige de iure Saxon. et praxi hodierna; iure enim ciuili ſuper facto alieno iuramentum deferri non poterat, per *l. 11. §. 3. D. de act. rer. amotar.*

WERNHER. *comp. iur. p. m. 299. §. 14.* SETSER *de iuram. L. IV. c. 2. inf.* Quapropter colonus, cum locatore honestioris conditionis et fide digno rem habens, breuique temporis spatio processum finiri percupiens, contra prudentiæ regulas haud peccabit, si iuramenti delatione, quæ tamen secundum *ord. proc. Sax. rec. tit. XIIX. §. 1.* statim in ipso fieri debet *libello*, vtatur; præsertim in memorata Saxonia Electorali, vbi vigore laudatæ *ord proc. rec.* omnes reseruationes mentales &c. sunt abscissæ circa præstationem iuramentorum.

quæ Colono commendandanda.

inprimis in Sax. elect.

§. VII. Locationem et conductionem contractum esse consensualem, et consequenter, quia solo consensu perficitur, *scripturam* ad eius essentiam non requiri, extra omnem positum est dubitationis aleam. Nihilo tamen minus instrumentum super hoc contractu a partibus vtplurimum confici, quotidiana docet experientia. Quæritur ergo, an locator ad ea quoque adstringi queat, quæ *per pacta* quidem promisit, sed *in instrumento*, super locatione conscripto, non reperiuntur? Quod affirmandum, quoniam, vti modo dictum, locatio conductio est ex numero *contractuum consensualium*, nihil præter consensum ad suam perfectionem requirentium *l. 14. D. locati l. 24. C. eod.* Quæ memorata pacta si in continenti adiecta, datur exinde actio *locati conducti*: si vero ex interuallo demum accesserint, competit pensionario *condictio ex moribus*, quæ cum priori haud incommode in vno eodemque libello cumulatur. STRYK *in V. M. tit. de pactis* §. 4. de WERNHER *comp. iur. lib. III. tit. 1. §. 7. et 8.* probationem autem, in casu negationis, nullo alio modo fieri posse, quam per testes, aut iuramenti delationem, per se patet.

Locatio scripturam ad essentiam non requirit.

Sæpe tamen instrumentum conficitur.

§. VIII.

§. VIII. Haud raro etiam euenire solet, vt locator eiusmodi instrumento, varias clausulas v. gr. renunciationem exceptionum, receptionem casuum fortuitorum &c. inserat, colonum mirum in modum grauentes et quidem lingua latina. Ideo disquirendum, an eiusmodi clausulae effectum aliquem post se relinquant? Si colonus linguam Romanam calleat, tunc nullum superest dubium; sin ignarus sit istius linguae, et a locatore, qui instrumentum, den Pacht-Contract, ipse composuit, explicatio ac declaratio horum terminorum omissa, talis renunciatio exceptionum, aut receptio casuum fortuitorum nullo modo colono potest esse nociua. Pacta scilicet fiunt consensu, qui non praesumitur adfuisse, quando quis non intelligit, quod agit. Iuris enim tritissimi est, quod iuri ignorato nemo renunciet, *arg l. 19. §. vlt. D. de inoff. test. l. 10. C. de donat.* Ac ius, quod quis sibi competere nescit, nemo remisisse censetur *arg. l. fin. §. 3. C. de furtis.* BERLICH. *p. II. concl. 19. n. 34.* Et quoniam haec ignorantia in *milite*, *rustico*, *muliere*, ignaro latinae linguae, quoad clausulas latine expressas, praesumitur per *l. 1. §. 1. D. de edendo l. 25. §. 1. de probat.* NOODT *in comment. ad pand. tit. locati §. plane paulus p 482.* cum eius farinae personis contractum celebraturus, ante omnia praemittere debet declarationem et certiorationem iurium renunciandorum. Hac enim omissa, obstabit futuro actori exceptio *non factae certiorationis* aut *declarationis*, quae statim repellit agentem et tantae est efficaciae, vt, licet corporale iuramentum eiusmodi renunciationi accesserit, nihilo tamen secius modo dicta exceptio cum effectu opponi queat, STRYK. *in caut. contr. sect. I. c. 5. §. 6.* BERLICH. *dict. concl. 19.*

Quid iuris circa clausulas instrumento locationis insertas.

Exceptio non factae declarationis locum habet.

§. IX. Obiici hoc loco posset, in *l. 9. §. 3. D. de iuris et fact. ign.* expressis verbis esse sancitum, ignorantiam iuris, in *pra-*

Obiectio.

Responsio.

praeced. §. memoratam toties cessare quoties ICtorum et peritiorum copia haberi queat? At enim vero salua res est. Nam colonus, tale subscribens, documentum, in *culpa* quidem videtur esse ac negligentia, quod peritiores non consuluerit; locator autem, probe sciens, illum non callere linguam latinam, et tamen ita contrahens, praesumtiue est in *dolo*, quis vero nescit, dolum semper praeponderare *culpae* ac *negligentiae*. Quare si locator actione conducti agenti colono dictam *l. 9.* per modum exceptionis opponat, hic de *dolo* replicare poterit. In omnem euentum eiusmodi colonus ex *clausula generali* praetoria: *si qua alia mihi iusta causa videbitur &c.* restitutionem in integrum vrgere et iudex, quia aequitas, cuius semper prae iure stricto habenda est ratio, hoc suadet, in ea concedenda haud difficilis esse tenetur vid. STRYK. *in V. M tit. de I. et F. ignor.* §. 3. STRVV. *exerc 28. th. 56.* MEVIVS *p. V. dec. 5.* Hoc tamen per se patet, quod, perfecta licet receptione casuum, praemissaque certioratione ac declaratione, si locator ex postfacto querelas mouenti colono, ob maxima iam facta et adhuc imminentia damna et pericula dicat: *se nolle eum in conductione praedii sui vllum damnum sentire* &c. tunc pactum in contrarium adsit, vigore cuius eum indemnem seruare tenetur. Pacta enim posteriora derogant prioribus, si fiant de iisdem rebus et inter easdem personas *l. 22. C. de pact.*

Conductor, quando ex clausula generali praetoria restituendus?

Ius retentionis competit conductori.

§. X. Quaecunque vero actione *conducti*, illa sine dubio etiam per modum *exceptionis* proponuntur, ac possessio tamdiu a colono retineri potest, donec ei plenarie satisfactum. Cui enim datur actio, ei multo magis competit exceptio et ius retentionis, per *l. 156. §. 1. de R. I.* Et, qui potest maius, potest etiam minus, *l. 110. D. eod.* Adeo, vt si illi, qui ius *retentionis* habent, et illo vtuntur, ex possessione

deiecti.

deiecti fuerint, tanquam spoliati ante omnia et cum omni causa sint restituendi. HARTMAN. PISTOR. *obs. 107. n. 6.* CARPZ. *P. II. c. 25. d. 8.* iuncta *def. 21.* vbi in specie de conductore, *retentionis* iure gaudente, agit, variaque praeiudicia adnectit. Dummodo oppositae exceptiones, instituto scilicet *processu executiuo*, sint *liquidae*, aut, quod idem est, in continenti (*) liquidae fieri queant. Nam si altiorem requirant indaginem, res locatori, praestita ab hoc prius cautione, est restituenda; v. STRVV. *synt. I. C. tb. 11.* quamuis alii, haud absque fundamento, ius retentionis indistincte, siue adsit debitum *liquidum*, siue non, concedant, cum leges de retentione loquentes, huius distinctionis mentionem haud iniiciant conf. *l. 66. §. 1. D. ad SCtum Trebell.* SANDE *in decis. Frisic. lib. 3. 4. 15. d. 5.* quod, adhibito temperamento optimo, approbat STRYK *de possess. per caut. non auferenda.*

§. XI Si creditoribus locatoris forte quid soluerit conductor, quaeritur an et illud repetere queat et quanam actione? *Creditoris creditori solui potest.* Creditoris creditori in causa debiti liquidi solui posse, apparet ex *l. 49. D. de solut.* videndum vero hic est, an sciente, an ignorante, an vero inuito locatore hoc factum et solutum fuerit. Priori casu competit colono actio *mandati*, et posteriori, *negotiorum gestorum* contraria: sin vero *inuito* plane ac prohibente locatore quid soluerit, nulla ipsi superest actio, *l. vlt. C. de negot. gest.* Nisi actiones a creditoribus sibi cedendas curarit; tunc enim ex iure cesso ad repetendam pecuniam eum experiri posse, constat. MEVIVS *P. III. dec. 360. n. 3.* Si autem ex *errore facti*, putans, se vi contractus ad hoc obligatum fuisse, tertio quid dederit, datur ei *condictio indebiti* ex quasi contractu, ne locator cum eius damno locupletetur *§. 6. I. oblig. quae qs. ex contr.*

(*) Hoc est intra spatium Saxo. 6. Wochen u. 3. Tagen CARPZ. P. I. c. 8. d. 13. n. 3.

Actio locati cui detur?

§. XII. Quemadmodum colonus actione conducti aduersus locatorem experiri potest; ita viciſſim huic competit *actio locati*, qua mediante locator experitur contra conductorem, ad rem, *finito vſu*, reſtituendam, *damna* dolo culpaue leui data reſarcienda, nec non *penſionem ſtipulatam* ſoluendam: quæ actio, cum ex *contractu* oriatur, non poteſt non dari *heredibus* et *contra heredes l. 10. C. de locat.* Nec competit hic conductori ius aliquod *protimiſeos*, vt cogere poſſet locatorem, ad fundum ſibi præ alio, quamuis idem pretium offerat, vlterius, finito contractu, relinquendum arg. *l. 32. C. de loc.* Singulare tamen quid eſt, quod is, qui *prædia* conduxit *publica*, eaque ad *culturam* redegit ſeu meliorauit, *extraneo* ſemper præferri ſoleat *l. 4. C. de loc. præd. ciuil.* quæ diſpoſitio tamen ad aliorum prædiorum colonos minime eſt extendenda v. BERGER ad *ord. proc. Saxon. p. 1275.* ibique præiudicium.

Ius protimiſeos non competit conductoribus.
Limitatio.

§. XIII. Bene ſecum reputet locator, actionem hanc inſtituturus, an a ſua parte contractui ſatisfecerit promiſſisque ſteterit: nam alias, ſi ex inſtrumento locationis den Pacht-Briefe, *executiue* agat, et colonus, peracta recognitione, de implemento nondum ſecuto excipiat, confeſtim *proceſſus executiuus* ſuſpenditur, actoriue ſeu locatori demonſtratio implementi, a reo ipſi negati, iniungitur hac ſententia interlocutoria: Dieweil Bekl. den Pacht-Contract ſub ⊙ recognoſciret, dargegen aber exceptionem non impleti contractus opponiret: So hat es noch zur Zeit dabey ſein Bewenden, und iſt Kläger, daß er ſeines Orts den Contract erfüllet, zuförderſt, binnen Sächſiſcher Friſt, Beklagten Gegen-Beſcheinigung, Eides delation und andere rechtliche Nothdurft, binnen ebenmäßiger Friſt vorbehaltlich, beyzubringen ſchuldig ꝛc. de WERNHER *part. I. obſ. 149.* CARPZ. *P. I. c. 10. d. 18.* Et hæc exceptio in naturali æquitate *l. 25. D. de*

Exceptio non impleti contractus.

fundata eſt in nat. æquitate et iure.

de act. emti vend. et *l. 5. §. 4. de doli mali et met. except.* radicata, adeo famosa est ac priuilegiata, vt, licet contractus in minimo saltem, vel in defectu vnius nummi, non sit adimpletus, tamen cum effectu opponi queat. STRYK. *in V. M. tit. de act. emti vend.* Ac perinde est, siue ante, siue post factam recognitionem opponatur. de WERNHER *in comp. iur. lib. IV. tit. 28. §. 16.* quid? quod, ex officio a iudice, secundum multorum opinionem, est supplenda, ex ratione, quod sit iuris communis, ad quas causas *officium* iudicis *suppletorium* se extendat, et ipsi actioni insit, immo cum ea nascatur. vid. FRANZKIVS *tit locati n. 17.* add. *l. 1. C. vt quae desint aduoc. partium.* Nec iuuat actorem, si replicet: *ab initio* omnino contractum adimpleui, et rem locatam tradidi, ast *ex post facto* saltem hoc vel illud iterum ademi; haec enim replica non releuat. Nam exceptio *implementi non secuti* non *grammatice*, sed *iuridice* et *cum effectu* est intelligenda, ac per totum locationis et conductionis tempus durat. Quo enim, quaeso, iure locator exigeret pensionem, si vsum rei per totum contractus tempus non habuerit colonus? Cessante vero vsu, cessat quoque mercedis praestatio, cum noto notius sit, quod concessio vsus et solutio mercedis sint correlata, quorum vnum absque altero ex ipsius contractus natura consistere nequit. Remoto enim vno relatiuorum, remouetur et alterum. Et tale negotium in effectu fere idem esset ac *societas leonina*, quam iura minime tolerant. add. *l. 29. §. 2. D. pro socio.*

an a iudice ex officio supplenda?

non grammatice sed iuridice intelligenda.

§. XIV. Quae omnia tam in Saxonia quam extra eamdem iam dudum vsitata, in Elector. Sax. nuper *O. P. R.* expresse sunt repetita et sancita, cum hoc additamento, quod non amplius *demonstratio*, sed *probatio*, in totum nempe sublato pro-

Quid in Sax. obtineat ratione huius exceptionis.

 cessu

cessu summario, iniungatur, et postea, si appareat, exceptionem implementi friuole esse motam, reus *quartæ* in libello expressæ *fortis parte* multetur, per cl. tx. in memorata O. P. R. *§. 4. in append. p. 307.* in verbis: So mag auch aus einen instrumento contractus bilateralis gar wohl executiue geklaget werden, jedoch ist, wann der exceptioni non adimpleti contractus darinnen nicht AUSDRUECKLICH renunciiret, oder das implementum, ingleichen die existentia conditionis, nicht ebener massen durch ein richtiges document SOGLEICH zu dociren, zuförderst, da Beklagter die Erfüllung des Contracts oder der condition internegiren würde, auf Beweiß und Gegenbeweiß deßwegen zu interloquiren, und bis dahin der processus executiuus in suspenso zu lassen, dargegen ꝛc. Fluit exinde prono alueo, reum dictam *implementi* exceptionem non statim, simulac eam opponat, liquidam reddere ac probare obstrictum esse, sed sufficere, modo in termino opponatur. Nam quomodo euenire posset, vt quis hanc exceptionem friuole opponere, aut quartæ fortis parte multari queat, si confestim, cum in termino eam moueat, liquida pleneque probata esse debeat? quælibet enim verba ita sunt interpretanda, vt effectum sortiantur *l. 80. D. de V. O.* Caue tamen existimes, sat esse, si reus in primo termino dicat: ipsemet (locator) *contractum non adimpleuisti?* allegata enim §. 4. verba sine dubio legaliter sunt intelligenda, ita, vt exceptio non impleti contractus *clare* et *specifice*, vbi et *quibus in rebus* implementum deficiat, sit exprimenda: alioquin non attenditur, cum notum sit, generalium exceptionum nullam omnino haberi rationem, et reum excipiendo fieri actorem. Sicut vero generalis actoris libellus non admittitur; ita nec exceptiones rei *generaliter* propositæ, quia alias actor *articulos* suos *elisiuos* formandi facultate priuaretur. WERNHER *comp. iur. lib. IV. §. 3.*

clare et specifice exprimenda

generales exceptiones non admittuntur.

§. XV.

§. XV. Sed hæc hactenus. Quid si autem locator *implementum contractus* vrgenti colono obiiciat atque respondeat: *locaui duntaxat feudum et non allodium; isti vero agri, quos conductor sibi non traditos, aut, durante contractu, ademtos asserit, non pertinent ad feudum, sed sunt tales terræ, quas multos ante annos a subditis meis, per modum emti venditi vel alio quocunque, acquisiui.* Respond. primo est facti, quod fundi quæstionis ad feudum non pertineant. Ergo, vti quiuis, ita et hic locator suam assertionem ante omnia probare tenetur. Deinde dispiciendum, quomodo partes inuicem contraxerint. Si enim verba contractus v. gr. ita sonent: Es verpachtet Titius sein Ritter-Guth N. per auersionem und überhaupt mit allen dazu gehörigen Hauß-Gebäuden, Acker, Wiesewachs und Teichen UND ALLEN ANDERN PERTINENTIEN rc. tunc nullum superest dubium, quin et eiusmodi a rusticis acquisiti agri simul locati et pro pertinentiis iure meritoque, hoc in passu, sint habendi, ob verba finalia: UND ALLEN ANDERN PERTINENTIEN. Præsertim, si ab initio contractus quibusdam horum fundorum, maximam partem, quod probe notandum, prædii locati constituentium, vsus fuerit colonus, et quidem absque vlla contradictione locatoris. Accedit, quod locator, si hasce a contractu *locationis* exceptas voluerit terras, claris verbis contractui, quem, quod suppono, ipse composuit, inserere id debuisset. Quod cum omiserit, nec qualitatem fundi locati, secundum officium suum, *arg l. 39. D. de act. emti*,) detexerit, exinde nullo modo emolumentum eum sentire posse, certum est. In dubio enim semper contra scribentem et istum facienda interpretatio, qui clarius loqui potuit ac debuit. *l. 39. D. de pactis.* Nec non contra eum, qui de lucro captando (vti in nostro casu locator,) et pro eo, qui de damno vitando (vti hic conductor) agit. Præ aliis conferri

Remouetur replica actoris.

Contra quem in dubio facienda interpretatio.

ferri hic meretur PACIOΝ. *de loc. et cond. cap. XXXIII. §. 145.* add *l. 41. §. 1. D. de R. I.* Quibus ita se habentibus, nec hanc exceptionem locatorem aliquid iuuare posse, conficitur.

De inuentario ab actuario iniurato confecto.

§. XVI. Coronidis loco hanc vnicam, circa processum locationis prædiorum rusticorum sæpenumero occurrentem adhuc euoluam quæstionem: an, si locator, sub initio contractus, ad pecorum et instrumentorum rusticorum taxatiotionem (de quo iam supra *cap. I. §. IIX.* paucis egi) actuarium iniuratum v. gr. secretarium suum, adhibuerit, inuentarium ab eo confectum, exorto forsan processu, pro *publico* et *iudiciali documento*, cui plena fides habenda, venditari queat? Respond. minime gentium; Actuarii enim iudiciales iureiurando et quidem in præsentia subditorum sunt obstringendi, alias omnia eorum gesta sunt ipso iure nulla. de WERNHER *part. IV. obs. 203.* CARPZ. *in proc. tit. II. d. 4. n. 66.* Et quoniam hocce iuramentum, quod promissorii speciei est, pro *forma essentiali* veri actuarii requiritur, forma autem per aliud æquipollens suppleri nequit, consequitur, quod nec ex postfacto superueniens iuramentum eiusmodi non iurati et putatiui actuarii, actus antea nulliter gestos possit conualidare; nisi consentientibus illis, *quorum interest*, quod tamen per se patet. vid. WERNHER *P. I. obs. 113.* Et hæc sunt, LECTOR BENEVOLE AC CORDATE, quæ de *prædiorum rusticorum locatione*, *speciminis academici et inauguralis loco*, in medium proferre volui. Plura quidem præmeditata erant, quæ vero, breuitatis amore, ne nimium excresceret dissertatio, hic omitto. Interim DEO T. O. M. sit laus honor et gloria pro concessis viribus. Faxit iste benigniter, vt omnes actiones nostræ in eius gloriam et proximi salutem semper vergant.

pro documento publico non habetur.

Forma per æquipollens non suppletur.

CLA-

CLARISSIMO CANDIDATO
IO. ANDR. ELFELD.
S. P. D.
PRAESES.

Specimen hoc inaugurale, quod optimo iure TIBI vindicas, et TVO labori atque industriæ vnice debetur, nolui ad meas componere et accommodare doctrinas, sed facile TIBI permisi, vt sententias a TE assertas in cathedra publice propugnares. Quamvis enim in quibusdam, quæ tamen vnum alterumque iuris articulum vix excedunt, me dissentientem habueris, libertati tamen Academicæ hoc dandum esse credidi, vt quæ a TVA industria profecta sunt, intacta relinquerem, simulque vires TVAS eo rectius experirer, quatenus in publico certamine ea etiam tueri posses. Id vero non tantum a TE egregie præstitum, sed etiam facile ex tentaminibus, quibus TE, vt candidatum iuris decet, subiecisti, certissimum augurium capere potui, TE quævis tradita in cathedra publica contra tela opponentium defensurum esse. Stetisti optime in examinibus, et tam solide et promte quæstionibus iuris, TIBI propositis, satisfecisti, vt suffragia vnanimia ordinis nostri tuleris, TE dignissimum esse, cui honores Academici conferantur. Instat nunc festum, altero iubilæo Augustanæ confessionis dicatum, quod etiam Academiæ nostræ sacrum est, quodque futura d. XXVI. Iun. hilaritate solenni honestabimus atque celebrabimus. Rectius autem memoria eius recoli nequit, quam vt etiam, more maiorum, præmia his, qui optime in stadio iuris cucurrerunt, distribuamus, quorum numero TE inprimis, Clarissime Candidate, accenseo. Faxit ter summum numen, vt honores doctorales, TIBI *in festo seculari Academiæ* conferendi, cedant in eius gloriam, reipublicæ et ecclesiæ incrementum, Tuamque salutem. Dab. d. XXIII. Iun. CIƆ ƆCCXXX.

EXERCITATIO LIII.
AD LIB. XIX. PAND. TIT. II.

DE

COMMODO SERVITVTIS PERPETVARIAE PRAE TEMPORARIA IN REPVBLICA.

PRAEFATIO.

Cvm in themate quodam eligendo mens occupata esset, in mentem veniebat continuatio dissertationis *de iure publico reipublicæ Romanæ* olim elaboratæ; et sub præsidio Cl. Dn. Mag. SCHOETTGENII habitæ. At rationes sat graues adfuere, quæ propositum hoc meum mutare, et, lecta BVSBEQVII *epistola 3.* vbi, *nescio*, inquit *an optime rebus nostris consulerit, qui seruitutem primus sustulit: si iusta et clemens, qualem leges præscribunt, seruitus præsertim publica maneret, non fortassis crucibus neque tot patibulis opus esset, ad coercendos illos, quibus præter vitam et libertatem nihil reliquum est, quosue egestas ad quoduis audendum scelus impellit;* (*) materiam in iure vtroque sæpius occurrentem potius eligere

(*) Doluit iam olim, *sublatas* in orbe christiano perpetuarias *seruitutes* vouitque, vt, meliori sidere quodam; reducerentur in orbem postliminio, Dn. *Cancellar. de* LVDEWIG in *iure clientelari secundum mores Germanorum sect. III. cap. 2. §. 2.* idque ex rationibus grauissimis vtilissimisque cum dominis, tum seruis ipsis ac vniuersæ reipublicæ, christianæ licet; officiis discussis tyrannidis et superstitionis, regnantis olim in hac rerum metamorphosi.

re atque præferre suaserunt, *seruitutis* nimirum *perpetuariæ* in republica propugnationem et vtilitatem. Huius itaque peculiare præ *seruitute temporali* in republica commodum dissertatione hac inaugurali ostendere, eamque *tribus capitibus* absoluere constitui. *Primum* caput seruitutem *iuris naturæ rationibus* fundatam sistet: *secundum* de *modis seruitutem* constituendi eamque soluendi aget: *tertium* peculiare *seruitutis perpetuariæ* præ temporali in republica *commodum* demonstrabit.

CAP. I.

DE

RATIONIBVS IVRIS NATVRAE, QVIBVS SERVITVS EST FVNDATA.

ARGVMENTVM.

I. Seruitus quid? II. III. Officia hominum per pacta determinantur. IV. Inde status aduentitius. V. VI. De pactis quibus seruitus introducitur. VII. VIII. Ius seruitutem concedendi. IX. X. Seruitutis species. XI. XII. XIII. Rationes domesticæ potestatis. XIV. Quid sit? XV. Ius Domini operas a seruis exigendi. XVI. Obligatio seruorum ad obedientiam. XVII. Eius termini. XVIII. XIX. Obligatio Domini erga seruos. XX. XXI. XXII Quousque duret seruitus? XXIII. Domino acquirit seruus. XXIV. Testari nequit.

§. I.

Definitio seruitutis.

CVm in omni re, quæ solide tractatur, prius de vera eius *definitione* auctorem sollicitum esse oporteat, quo ex illa non nisi veras inuenire possit conclusiones; officii postulauit ratio, vt præmitterem, me per seruitutem (a) eum intelligere *statum aduentitium, quo quis potestati domesticæ eum in finem est subiectus, vt ad omnes labores, renunciato propriæ commoditatis iure, cogi possit, ne a patre familias necessaria vitæ subsidia gratis consequatur.* vid. cl. D. A. F. MVLLERI *ius naturæ cap. 14. §. 4.*

Homo felicitatem suam naturaliter quærit.

§. II. Quilibet homo, intuitu sui ipsius, optimo iure propriam felicitatem pro vltimo fine vitæ habet (b), quam non nisi mediis idoneis assequi licet, quæ sunt vel *vnica* et absolute *necessaria* (c), vel varia et non ita necessaria, quorum ele-

(a) Alii quidem alia ratione definiunt seruitutem, vti *imperator*, qui in §. 2. *I. de iure person.* eam definit, *quod sit constitutio iuris gentium, quo quis dominio alieno contra naturam subiicitur.* THOMASIVS *in diss. de homin. propr. §. 40.* eam describit, *quod sit necessitas faciendi, quod alii velint, et quidem in suam vtilitatem.* Porro Dn. PRAESES in *diss. de iur. et stat. hom. propr.* seruos ita definit, quod sint *homines in proprietate alterius existentes*, vnde et *proprii homines* dicuntur. Paulo aliter IOACH. KNICHEN in *opere politico l. I. c. III. th. III. et seqq.* ita edisserens: *serui sunt vel naturales vel legales; illi sunt serui, qui minus ingenii et plus roboris habent, atque adeo ad parendum quam imperandum aptiores sunt. Hi sunt serui, qui ad seruitia et ministeria præstanda ex constitutione tam iuris gentium, quam ciuilis, aut etiam prouincialis alieno subiiciuntur dominio et imperio.* Seruorum porro legalium varias adhuc *cit. loco* facit subdiuisiones, quorsum curiosum ablegamus lectorem. Cum vero illa seruitutis definitio, quam nostram scimus, omnia essentialia seruitutis abstracta, vti sequentia docebunt, habeat, liceat secundum illam meditationes nostras instituere.

(b) Vid PVFENDORFF. *I. N. et G. l. 2. c. 4. §. 1* Cl. D. A. F. MVLLER. in *I. N. cap. 1. §. 6.*

(c) ID, *ibid. c. 1. §. 7.*

electio cuilibet libera relicta (d) Hæc dant homini *imperfectum*, illa vero *perfectum* ius quoad alios (e), quod est legitima postulatio, quam quis ab aliis vi socialis amoris desiderare potest, quæ producit ratione iuris perfecti ius *securitatis*, ratione iuris imperfecti ius *mutui auxilii*. Quoniam vero omnia iura (vi regulæ: *omnis obligatio præsupponit ius in altero*) præsupponunt intuitu aliorum *officia*, quæ sunt præstationes legitimarum alterius postulationum vi socialis amoris debitarum: sic respectu iuris *perfecti* oriuntur officia *necessitatis* erga alios, quæ in casu denegationis vi exigi possunt; respectu vero iuris *imperfecti* officia commoditatis erga alios, quæ cum in applicatione sint incerta, per pacta debent reddi certa. (f).

§. III. Prout omnes homines ea officia, atque iura, quæ in eorum applicatione valde sunt *incerta*, per *pacta* reddunt certa: ita ius, quod alter ab altero *officium commoditatis*, quod illi seruiat, exigere possit, quoniam in applicatione *incertum* est, (g) necessario prius per pactum ordinarie et in statu naturali reddi oportet certum, (h) antequam iuste quis ad seruiendum cogatur. *Officia incerta pactis determinantur.*

§. IV. Omnes, qui per *pacta* certa iura et officia, ad consequendum aliquem finem, sibi inuicem promittunt, in *statu* viuunt *aduentitio*. (i) Quare illi qui ad obtinendam con- *Inde nascitur status aduentitius.*

(d) ID. *ibid. c. 2. §. 4.*
(e) ID. *ibid. c. 3. §. 4.*
(f) ID. *ibid. c. 19. § 2.*
(g) Vid. cl. D. MVLLERI *I. N. c. 10. §. 1. et 4.*
(h) ID. *ibid. c. 14. §. 4.*
(i) Vid. cl. MULLER *in I. N. c. 7. §. 1.*

conſeruationem alteri ſeruiles labores promittunt, cum eo viuunt (§. I.) in *ſtatu aduentitio.* (k)

Pactis ſtatus ſeruilis conſtituitur.

§. V. Pacta eſſe ſeruanda, ius naturale præcipit. (l) Dominus ergo optimo iure ſe in ſeruitutem per pacta dantem ad eam cogit, inque ea retinet.

Pacta hæc debent eſſe legitima,

§. VI. Porro omnis ſeruitus *pactis* niti debet *legitimis*, quæ præſupponunt, iam antequam contrahantur, *ius* et *officium* iure naturæ fundatum. Nimirum ratione *domini*, cui ſeruiles labores præſtantur, illud ius, quod ille ab aliis, qui bonis deſtituuntur, (quorum numerus non exiguus fieri potuit introducto dominio, vi cuius illi, qui poſſident res, quæ vt media felicitati noſtræ inſeruiunt, eis ſoli et cum excluſione aliorum vtuntur,) labores ipſi incommodos deſiderare poſ-

(k) Si itaque ſeruitus eſt ſtatus aduentitius, ſequitur, vt ARISTOTELIS ſententia, de ſeruis a natura, omnino in dubium vocari poſſit, quando *Polit. lib. 1. c. 2.* dicit: *propter conſeruationem vero mutuam fit, vt alter natura imperet, alter natura pareat. Qui enim mente proſpicere valent natura imperant et dominantur: qui autem id ipſum corpore tantum exequi valent, ii natura parent, natura ſeruiunt* Familiæ enim caput, ſiue dominus aut paterfamilias non ille eſt, qui familiam iuſſu domini regit, ſed ille a quo familia conſtituta eſt, et ad quem omnes fructus rei domeſticæ pertinent. Vid. D. MüLLER *in 1. N. c. 12. §. 10.* Quare omnino fieri poteſt, vt ſeruus bene exculta mente gaudens domini cuiusdam ſimplicis rem domeſticam dirigat; at eo, quod ſeruus rem domeſticam regit, proprietatem rei domeſticæ domini ſui minime acquirit, ſed licet ſeruus prudentiſſimus ſit, nihilominus tamen domini ſui, etiam *ſimpliciſſimi*, ſeruus manet. Minime ergo *vires intellectus*, vt ARISTOTELES putat, faciunt dominum, cum potius ſint bona, quibus quis rem domeſticam conſtituit, ac eo ipſo dominus ſit, alii vero, qui ex illa re domeſtica pro præſtitis in ea laboribus maxime incommodis conſeruantur, dicuntur *ſerui*, qui eos per *pacta* in ſe ſuſcipere tenentur. Exinde etiam patet, quo in ſenſu in §. 2. *inſt. de iur. perſon.* recte dicatur, quod ſeruus domino alieno *contra naturam* ſubiiciatur; dum nimirum il-

la

poſſit. (m) Nam quilibet propriam commoditatem ex felicitate vniuscuiusque profluentem omnino iuſte quærit.

§. VII. At enim vero natura hominum ſocialis eſt, (n) ita vt per bona vnius inopia alterius ſubleuari debeat. Quoniam igitur commoditas vnius hominis non niſi *officiis* aliorum obtineri poteſt: exinde fluit *officium ſerui*, qui alteri incommodos labores præſtat, quod ille ſit obligatus, vt ſe pro conſeruatione in alterius ſeruitutem conferat. (o) *Inde officium ſerui.*

§. VIII. Quia corpus ſuum neceſſariis alimentis conſervare, officium quod quilibet erga ſe ipſum habet, abſolute neceſſarium eſt, ſequitur, vt homo obligatus omnino ſit, ſi il- *Ob conſeruationem ſui ipſius neceſſarium.*

la verba nihil aliud exprimunt, quam quod ſeruitus non *ſtatus naturalis*, ſed *aduentitius* ſit.

(l) Conf. cl. Dn MüLLER *I. N. c. 10. § 5.* KNIGGEN *in opere polit. l. II. P. IV. c. 6. th. XXVI. § VI.* Neque enim pactum tale, quo quis de ſua libertate diſponit, honeſtatem lædit, aut obligationem impoſſibilem inducit, ſed ita comparatum eſt, vt gener humano ſit vtile, neceſſariumque, reipublicæ vero admodum proficuum, vt ſequentia illuſtrabunt.

(m) Illuſtrabo id ipſum verbis IOACH. POTTGIESSERI *de ſtat. ſeruor. c. I. §. 5.* „Veroſimile eſt, „poſtquam a primæua communione „receſſum, quod diſtinctio bonorum „inæqualitatem h. e. diuitias, ſeu a„bundantiam, et paupertatem ſeu ca„rentiam bonorum introduxerit. „Quibus ita conſtitutis, valde pro„babile eſt, ditiores rebus ſuis ob „amplitudinem excolendis non pares „fuiſſe, ac ideo aliorum operas et „miniſteria certa mercede conduxiſ„ſe, e contra pauperes, cum ob te„nuitatem patrimonii neceſſaria vi„tæ illis non ſuppeterent, opulentio„ribus operas ſuas locaſſe, vt vitam „eo commodius tolerarent, ac rebus „ſuis conſulerent. Horum quidam „operas forſan temporarias initio „promiſerunt, ac poſtea inuitati lar„ga alimentorum præbitione, domi„norumque humanitate, ſe perpe„tuis miniſteriis addixerunt, illis ſub „legibus, vt res domeſticas et labo„res a domino impoſitas perficerent, „et in horum compenſationem ali„menta vitæque neceſſaria reciperent.

(n) Conf. D. MüLLERI *I. N. c. I. §. 9. et ſeqq.*

(o) vid. POTTGIESSER. *de condit. et ſtat. ſeruor. apud Germ. c. I. § 1.*

illi non alia licita se conseruandi media supersint, quod iuri imperfecto, nempe commoditati suæ renunciet, et in seruitutem se conferat, (p) vbi per amissionem minoris boni, scilicet *commoditatis*, maius bonum, nempe *conseruationem*, consequitur. Quis vero tam stolide ageret? vt per renunciationem boni minoris, quo carere potest maius bonum, quo non carere potest, acquirere nollet.

Serui ad quoscunque labores se obligant.

§. IX. Porro cum propriæ commoditati seruum in seruitute renunciare oporteat, dubium non est, quin ille omnes ipsi etiam incommodos domini labores in se suscipere teneatur. Contra illi, qui ad hoc non sunt adstricti, sed tantum

(p) Loco explicationis addam verba Dn. VON DER LINDE *de vindic. hom. propr. c. VI. n. 34. De Antiquis Gallis* CAES. *de bell. Germ. l. 6. Plerique de plebe, cum ab aere alieno, aut magnitudine tributorum, aut iniuria potentiorum premuntur, se se in seruitutem dicant nobilibus. In hos eadem omnia sunt iura, quæ dominis in seruos.* Vnde AVGVSTINVS, *ita a plebibus principes,* scribit, *et a seruis domini ferendi sunt, vt sub exercitatione tolerantia sustineantur temporalia et sperentur æterna.* H. GROT. *de I. B. et P. III. 7. 7. et 14. 7.* Sed quæ ratio cur omni fere tempore adeo inuisa fuerit seruitus? En, quæ hanc in rem philosophatur REINHARD *ad Lips. polit. lib. 2. c. 2. §. 11. n. 4. Thraces,* inquit TACITVS, *antequam arma inciperent, misere legatos, amicitiam obsequiumque memoraturos; et mansura hæc, si nullo nouo onere tentarentur: sin vt victis seruitium indiceretur, esse sibi ferrum et iuuentutem, et promtum libertati, aut ad mortem animum. Ann. IV. 46. 4. De Rugiis obsequium memorat* TACITVS, *ac salua gentis libertate interpretandum. Germ XLIII. 7. Slauicæ genti hoc cum antiquissimis Teutonibus commune, odisse seruitutem, amplecti libertatem. Nempe adeo impatiens iugi erat, vt nollet teneri iugo. Vellet autem mulceri, et principe aut moderato vti, aut nullo. Hæc tabulæ veteres, exempla, res gestæ confirmant. Vetustissimos illos signo. Sequiori tempore alius successit rerum status, alii subierunt mores. Ingemisco sorti gentis, Cuius maiores vt fidei, ita existimationis magnam fecerunt iacturam. Macula etiam posteris hæsit. Tanta quidem, vt in collegia opificum Germanorum non admittantur, errore admissi excludantur quoque.* Nulla certe verior est ratio, quam quod hæ gentes alia se conseruandi

tum certas ac definitas operas ſuas pro certo pretio præſtant, conductoris ſerui minime ſunt. (q)

§. X. At ad omnes domini labores ſerui vel per totam vitam, vel per certum aliquod tempus ſunt addicti, quare illi *perpetui*, hi vero *temporarii* dicuntur. Porro ſerui vel ad *determinatos*, vel ad *indeterminatos* labores ſunt adſtricti, vbi ergo quis ſemper et ad indeterminatos labores cogitur illius ſeruitus vocatur *perfecta;* quando vero, alterum horum deeſt ſaltem eſt *imperfecta.* (r). *Vel in perpetuum vel ad tempus.*

§. XI. Ceterum peruerſa natura humana cum homines vtplurimum magis affectibus, quam ratione, præcipue eos, qui hanc parum vel nihil excoluerunt, (s) regere ſoleat, non *Interim homines magis ſecundum gratum et ingratum quam iuſtum agunt.*

vandi media habuerint; *ſeruitutem* vero inter illos floruiſſe nullum dubium eſt. Præterea quoque palam eſt, homines vtplurimum ex pruritu affectuum ſuorum illa, quæ *grata* ſunt, appetere, relictis illis, quæ ſuæ vtilitati et conſeruationi proſunt. Et quia libertas grata, ſeruitus vero pleriſque ingrata, aſpera et amara, non adeo mirandum, pleroſque libertatis ſtudio duci. Hinc rurſus REINHARD *ad Lipſ. lib. 5. c. 19. §. 15. n. 3. Omnes homines natura libertati ſtudent et conditionem ſeruitutis oderunt. CAES. bell. Gallic. libr. III. cap. 10. Nec tanta poteſtas cuiquam dari poteſt, vt non ſit gratior poteſtate libertas. PLIN. in paneg. Animantibus quoque idem libertatis ſtudium attribuit TACITVS hiſt. IV. 17 9. Hinc fortiſſimi quique ſatius iudicarunt, in acie interfici, quam non veram belli gloriam, veteremque quam a maioribus quaſi per manus acceperunt, libertatem recuperare. Recuperandæ enim libertatis cauſa nullum detrectandum eſt periculum, vt ne mors quidem ſit in ea repetenda fugienda.*

(q) Vid. MüLL. *I. N. c. 14. § 3.*

(r) Quoad diuiſiones ſeruorum et varia genera, legendi ſunt POTTGIESSER. *de condit. et ſtat. ſeru. lib. I. cap. 3.* Item IOAN. ERNEST. KNICHEN *in opere politico l. I. c. III. th. III. et ſeqq.* nec non D. MüLLERI *I. N. c. 14. §. 5. 11.* quo lectorem remittimus.

(s) Verba HERT. *P. II. prud. polit. ſ. I. §. 6. n.* * optime hoc illuſtrant: *quantum ſit in educatione momenti, docet* ARISTOT. *II. Nicom. I. Non parum*

non mirum, quod illi potius secundum *gratum* et *ingratum* agant, quam quod in omnibus suis actionibus *iustum* obseruent.

Inde serui rationi suae non sunt relinquendi.

§. XII. Imprimis seruientes, quamuis maximam partem eius, quod pro *grato* haberi solet (§. I.) renunciauerint, attamen ad illud intempestiuo desiderio trahuntur. Illi ergo rationi suae non sunt vnice relinquendi, quia vires eius apud illos a corrupta voluntate nimis supprimuntur, quo illa efficere possit, vt seruientes debita diligentia seruiles expediant labores.

Sed domestica potestate opus fuit.

§. XIII. Cum itaque ad seruos in officio suo continendos ratio insufficiens medium extiterit: necessarium fuit, vt fortius aliquod medium inueniretur, *potestas* nempe *domestica*, cui seruientes in seruitute sunt subiecti. (t)

qua definitur.

§. XIV. Potestas vero domestica est potestas, vi cuius dominus omnes seruientes ad labores commoditatibus propriis

num refert, sic ne an sic ab adolescentia consuescat aliquis, sed quam plurimum imo totum in eo consistit, IV. pol. 1. dixit: *non est minoris laboris dediscere, quam ab initio discere. Et in problem. sect. 18. quaest. 6. Quae aliqui principio sibi delegerint, quibusue insueuerint: in iis ne iudicare quidem possunt, quidnam melius sit: animus eorum iam corruptus est propter prauas praesumtiones. Et PLATO de LL. c. 6. Homo si cum natura felici rectam quoque disciplinam fuerit assecutus, in diuinissimum mansuetudinissimumque animal solet euadere. Si vero non satis aut non bene fuerit educatus, ferocissimum omnium, quae in terris nascuntur, animal solet euadere.*

(t) Audiamus REINHARDVM *l. V. c. XII. § 3. n. 1.* ita edisserentem: *nationes aliae, aliis seruituti aptiores sunt, ideo VLPIANVS praesumtum esse ait, quosdam seruos bonos esse, quia natione sunt non infamata: quosdam malos videri, quia ea natione sunt, quae magis infamis est. L. Quodsi §. qui mancipia D. de edil. edict.* Qua de causa effectus quoque *potestatis domesticae* plus in malos quam in bonos seruos se exserendi occasionem habet.

priis suis contrarios impellere et inobedientes castigare (*u*) potest.

Inde ius cogendi ad quoscunque labores.

§. XV. Intuitu ergo potestatis domesticæ seruis minime competit ius, nonnullos labores sibi nimis incommodos existimandi, quia ad omnes labores (§. IX.) parati esse debent. (*x*)

et obedientia seruorum.

§. XVI. Seruos itaque dominis et seueris, qui scilicet minimum lucrum longe grauiori serui labore acquirere sæpius student, et bonis, qui nullum incommodum laborem, qui non maiori compensatur commodo, seruis imponunt, (*y*) de-

(u) Conf. MüLLER *I. N. c. 24. §4.* Id optime illustrat KNICHEN *in opere pol. l. I c. III. th. II. c. Debet praeterea gubernatio haec amica et moderata et ab omni atrocitate remota esse, per ea, quae th. XIII.* dicta: (*Praemonendum hic esse duximus nos de officiis a dominis piis et maxime christianis seruis exhibendis agere. Quod ergo serui extra delictorum grauium coercitionem humaniter sint tractandi, vel haec vnica ratio demonstrat, quia homines, et ad Dei imaginem non minus, quam domini ipsi creati ac infortunio et vi maiori in miserum illum statum dilapsi sunt;*) *vti et in emolumentum subiectorum quoad ipsorum corpora directa esse. Licet etiam ad herorum commodum et rei familiaris procurationem ratione operarum et ministeriorum simul tendat, quo respectu etiam serui instrumenta herorum suorum* ARISTOT. *d. c. 4. dicuntur.* Immo dominis vitæ necisque potestatem apud plerasque gentes in seruos fuisse scribit CAIVS *l. 1. D de his qui sui vel alieni iuris sunt.* Quod tamen ius vitæ necisque religione eadem exercendum esse, qua publice exercetur, et humanitatis rationem habendam agnouerunt veteres. SENECA *l. c. 18. de clementia: in mancipio cogitandum, non quantum illud impune pati possit, sed quantum sibi permittat aequi bonique natura, quae parcere etiam captiuis et pretio paratis iubet.* Eundemque in finem scribit *ep. 43. Maiores nostri domum nostram pusillam rempublicam esse iudicarunt.* Recte HERT. *P. II. prud. polit. s. XII° §. III. Ingenia seruilia, quanquam freno dominatus retinentur, tamen cum nimia iniuria affecta ad desperationem adiguntur, et in desperatione fiunt saeuiora vt exemplis ex historia Moscouitarum aliorumque potest demonstrari.*

(x) Idem etiam DEMOCRITVS seruis vt partibus corporis, alio ad aliud vtendum esse dicebat. STOB. *serm. 60.*

(y) Optime POTTGIESSERVS *cap. I. §. VII. Commoda, quae ex seruis percipiuntur, sunt opera, quas domini illis imponunt, et ab iis necessario sunt perficienda. Eas tamen cum modo exigentas,*

debitam obedientiam præstare oportet. *1. Petr. II, 18.* Quoniam domini optimo iure in diiudicando, quod ad eorum fines spectat, vel non spectat, proprio iudicio suo sequuntur.

Alioquin seruis ius est contra crudelitatem domi-

§. XVII. Verum tunc licitum est seruis, laboribus domini se subtrahere, cum in sensus incurrat, quod illi *officia securitatis* lædant; (z) ad ea enim exigenda (§. II.) *perfectum ius*

gendas, viriumque et valetudinis rationem habendam; humaniores veterum suadent. THEAN. *ep. 3. apud* PUFEND. *l. 6. c. 3. §. 8. iustum vsum seruorum requirit, ne propter laborem deficiant nec propter indigentiam frangantur.* Pariter D. MüLLER *in I. N. c. 14 §. 6. in notis:* Nemlich ein Knecht ist theils als ein Knecht, theils als ein Mensch zu betrachten. Als ein Knecht ist er zu betrachten in Ansehung seiner Bequemlichkeit: als ein Mensch aber in Ansehung seiner Leibes- und Seelen-Nothdurfft. Seiner Bequemlichkeit hat er zum Nutzen seines Herrn entsaget: daher ist dieser nicht schuldig, in den Handlungen, zu denen er den Knecht brauchet, die Bequemlichkeit des Knechts der seinigen an die Seite zu setzen: und in Betrachtung also der Bequemlichkeit ist es wahr, quod herus et seruus nihil habeant commune (i. e. quod finis commoditatis non sit vtrique et *hero* et *seruo* communis) quodque adeo intuitu commoditatis seruus non nisi *animatum* instrumentum sit, et hinc quod erga illum hoc ipso respectu nec amicitia sit, nec officium sicut nec erga equum vel bouem. Allein in Ansehung der unentbehrlichen Nothdurfft des Leibes und der Seelen bleiben Herr und Knecht, weil sie beyde Menschen sind, einander gleich: immassen durch keine Arth der Unterwürffigkeit der Stand der Menschheit, und das was ihm wesentlich ist, aufgehoben werden kan. Und also ist es ebenfalß wahr, quod hero cum seruo, quatenus hic homo est, sit amicitia i. e. finium et hinc iurium paritas. Dahero wenn ein Herr seinen Knecht offenbahrlich unmenschlich und als ein Vieh tractiren wolte, so ist der Knecht befugt, im Stande der natürlichen Freyheit einem so unmenschlichen Herrn aus der Knechtschaft zu entfliehen, ia auch sich gegen ihn zu wehren; und im ciuil Stande ist die Obrigkeit, wieder solche Grausamkeit dienliche Mittel vorzukehren, schuldig. §. 2. I. de his qui sui vel alien. iur. sunt.

(z) Ita iudicat IOH. ERN. VON DER LINDE *diss. de vindic. hom. propr. cap. VI. n. 35. et 36. Imo domini sui possessio sunt serui, ideo propter quamlibet iniuriam ipsis fugere non licet, imo iniustum est, vt scribit* ESTIVS in *comm. ad 1. ep. Petr. II. v. 18.* Jedoch wird hievon der *casus immana seuitia* ausgenommen; Denn wann ein Herr seine Knechte ohne alles Verschulden

ius habent. Quodsi vero illud adhuc dubium sit, serui potius castigationi domini se submittere, quam eam subterfugere debent. Quoniam iure carent, (§.XV.) scrupulosius in actiones domini inquirendi.

norum remedia conuenientia quarere.

§. XVIII. Quamuis igitur vi *potestatis domesticæ* dominus inobedientes seruos pro grauitate commissi castigare possit, obligatus tamen est, ne seruum instar bestiæ habeat, (aa) sed vt *hominem* consideret, qui in assequendo proprio fine nempe conseruatione vitæ suæ non est impediendus. (§. XVI.)

Seruus in brutorum numero non habendus

§. XIX. At et iuris et æquitatis naturalis est, vt nemo *officium commoditatis*, quod non compensare valet, ab aliis expectare possit. In officio enim commoditatis, quando redditur certum, semper alteri aliquid promittitur. Quæ ratio, quod domini sint obligati, seruos, qui illis in serui-

Dominus obligatur ad seruum conseruandum.

schulden und Mißhandlung etwa mit Hunger, Durst, Kälte oder grausamen Schlägen und Banden plaget und drücket, (*de quo vid. L. vnic. C. de emend. seruor.*) alsdenn können auch im neuen Testament leibeigene Knechte, (*qui se voluntaria pactione in seruitutem alicui addixerunt, vel etiam ex talibus nati sunt.*) ihnen ohne Bedencken *fuga consuliren*, H. GROT. *d. I. B. et P. II. 5. 29. et ibi* TESMAR *lit. o. et III. 6. et 7. et ibi* TESMAR. *l. c.* GAIL. *I. obs. 5. n. 4.* MEV. *P. 4. Dec. 18. n. 3.* PVFEND. *de I. N. et G. VI. 3. 8.* PETR. MüLLER. *in commentat. de fuga, c. 3. §. 12.* et MANZ *in cent. decis. palatin. quæst. 18 n. 41. Ratio est, quia dominus inhumaniter tractando eos, facit eis iniuriam, a qua se possunt eripere per fugam, cum alia ratio non suppetit. Plura vide* ibi *n. 37. quod eo casu etiam domini cogi possint, vt manumittant, n. 38. Nec reddendi serui, nisi post præstitum ab his iuramentum, n. 39. aut cautionem de non offendendo, n. 41. Apud Polonos ob nimiam sæuitiam serui ipso iure olim fiebant liberi ex statuto* CASIMIRI *regis n. 42. Eiusdem regis dura responsio data agricolis de dominorum sæuitia conquerentibus.*

(aa) M. Crassus ille diues, magnam seruorum turbam domi alebat, quorum præcipuam agebat curam, discentibus adstans interdum, et ipse docens eos, dicens: hanc oportere præcipuam esse patrisfamilias solli-

feruitute varia commoditatis officia præftant, tamdiu, quam illi funt in eorum feruitute, conferuare. (bb)

vel ad tempus.

§. XX. Seruientes cum fint duplicis generis vel *temporarii*, vel *perpetui*, nullum dubium eft, quin illi ad aliquod faltem tempus, hi vero vsque ad finem vitæ a dominis debeant conferuari.

§. XXI. Conferuantur vero ferui tali modo prout illis cum dominis pacifci (§.III.) licuit.

vel in perpetuum, fi feruitus eft perpetua.

§. XXII. Licet igitur *ferui perpetui* in extrema fenectute feruilium laborum non amplius fint capaces, nihilominus illis a dominis fuis tantum porrigi debet, quantum ipfis ad vitam fuftentandam neceffe eft. (cc) Domini enim feruos perpetuos vsque ad vltimum vitæ halitum conferuare debent.

llcitudinem, noffe quod fint rei familiaris animata inftrumenta.

(bb) Conf POTTGIESS. *de condit. et ftat. feruor. c. 1* § 8 vbi ita rationes fubducit: " Pro operis feruo alimenta debentur, cum fine illis labores obire non poffit, ac nefas fit, eum inedia conficere. Hinc Cato de re ruft. familiæ vt bene fit, prouidebo, ne algeat, ne efuriat. Et SENECA lib. 3. de benefic. eft aliquid, quod dominus feruo præftare debet, vt cibaria, veftiarium. Mireris igitur Iudæorum inhumanitatem, qua credebant, fe veftitum et alimenta feruo e gentilibus minime cogi præftare, licet operas magna fæuitia exigere nefas non ducerent.

(cc) Nobiscum confentit RVD. GODOFR. KNICHEN in *opere polit. L. I. c. III. th. 13. §. 3. ferui ergo agri a domino curationi tradendi, tum ob pietatem, amorem, et humanitatem iis debitam tum ob feruitia dominis ab illis exhibenda, quod cum olim apud Romanos non obferuaretur,* CLAVDIVS *imperator prudenti edicto id coercuit, vt narrat* SVETON. *in eius vita c. 25. n. 4.* his verbis: *Cum quidam ægra et affecta mancipia in infula Aefculapii tadio medendi exponerent, omnes, qui exponerentur, liberos effe fanxit, nec redire in ditionem domini, fi conualuiffent: quod fi quis necare quem mallet, quam exponere, cadis crimine teneri:* IDEM porro *cit. l. §. 5.* vlterius hoc illuftrat: *fufficienti victu feruis ob promif-*

Seruus non sibi sed domino acquirit.

§. XXIII. Serui igitur perpetui cum loco omnium eorum laborum nihil nisi necessaria vitæ subsidia sibi stipulari passi sint, neque plus iure postulare possint, quicquid acquirunt non sibi sed dominis (dd) acquirunt

Testari nequit

§. XXIV. Quicunque ergo seruorum perpetuorum aliquid lucrati, quoniam id non sibi acquirunt, de eo testari non possunt. Nam testamenta condendi ius competiit saltem iis, qui nullius potestati domesticæ erant subiecti, id est liberis, et quidem cum essent patres familias, aut de eiusmodi bonis testarentur, in quibus pro patribusfamilias habebantur, nimirum filiusfamilias in peculio castrensi vel quasi. *L. 2. D. ad Sc. Maced.*

Temporarii serui conseruationem perpetuam exigere nequeunt.

§. XXV. Temporarii autem serui nihil præter id, quod sibi stipulari curauerunt, nempe conseruationem ad aliquod tempus, desiderare, neque iure a dominis postulare possunt. Quare illi, siue laboribus seruilibus suis finitis, siue in extrema senectute, conseruationem, vt perpetui, a dominis exigere non possunt, nisi hoc ipsis in pactis expresse fuerit promissum, quod rarissime contingere, quotidiana docet experientia.

Mercedem sibi stipulari solent.

§. XXVI. At quamuis moris sit, temporarios seruos pro seruilibus laboribus suis conseruare, illisque præter necel-

missas rationes prospiciendum est, qui sufficiens porrigendus, quia ille ad laboris et operum præstationes, requiritur, et obedientem ac promptum ad omnia reddit seruum, secundum ARISTOT. *l. œcon. 5.* et illud IVVENAL. *satyr. 3. v. 78.* *Graculus esuriens in cœlum iusseris ibit. Ita vero necessaria est huius exhibitio, vt seruus ob illum denegatum aduersus dominum modeste tamen et absque accusatione apud iudicem agere possit. l. 1. §. 3. D. de offic. præf. vrb. quod etiam indicat* SENECA *l. 3. de benef. c. 21. et seqq.*

(dd) Quia scilicet serui in proprietate

cessaria alimenta adhuc certam pecuniæ summam, (ee) quam sibi acquirunt, dare: attamen, finitis laboribus seruilibus, finita est eos conseruandi dominorum obligatio. (§. XXV.)

Porro tenentur casus in sua persona contingentes.

§. XXVII. Ergo domini fatales seruorum temporariorum casus, vbi inter labores eorum omnibus laborandi viribus priuantur, in se suscipere cogi non possunt; quia quilibet ipse fatales casus suos in se suscipere tenetur. Quis vero in ipsis eos subleuare debeat, officium in applicatione valde incertum est, quod in pactis seruorum temporariorum non vti in pactis perpetuorum certum redditur.

Inde deterior est conditio seruorum temporariorum.

§. XXVIII. Sat abundeque exinde patet, quam deterior sit conditio seruorum *temporariorum* præ *perpetuis*, cum hi de obtinendo fine, nempe conseruatione, non habeant quod timeant. (ff) Licet enim fieri possit, vt vnus et alter dominus officium suum negligat (gg) nullum tamen dubium, quia iure ad illud cogi

prietate domini plena sunt. Dn PRAESIDIS *ius publ. vniuers. P. gen. C. 2. §. 8. not. m.* In eadem quoque sententia est POTTGIESSER *de condit. et stat. seruor. L. I. c. I. §. 5.* "per se patet, quantum illius, qui operas "perpetuas promisit, libertati decesserit: libertate agendi caret: "domino in illum vi pacti competit "imperium; operas ei iniungit: non "sibi sed domino acquirit: negligentiam et socordiam eius dominus asperioribus remediis coercet.

(ee) Recte KNICHEN *in opere Pol. 2. l. c. III. th. XIII. §. 5.* "Serui mercede digna prospiciendum: Porro "ad mercedem promissam et ex æquo "debitam seruis et in ministerio constitutis exhibendam præter naturalem æquitatem nos etiam sacræ litteræ adhortantur. Deut. 15. 14. "Matth. 10. 10. ad. Tim. 5. v. 18. et "aliis in locis.

(ff) Conf. GROTIVS *l. 2. c. 5. §. 27.* "seruitus perfecta, quæ perpetuas operas debet pro alimentis, "et aliis, quæ vitæ necessitas exigit, "nihil habet in se nimiæ acerbitatis. "Nam perpetua illa obligatio compensatur perpetua illa alimentorum "certitudine, quam sæpe non habent, "qui diurnas operas locant.

(gg) Formicæ triticum arrodunt

ca

cogi possit. Illi e contrario de conseruatione sua non nisi incertissimi semper existere possunt. Eorum enim domini ab officio illis prospiciendi finitis laboribus seruilibus soluti sunt.

§. XXIX. Vnicum tamen iure naturae fundatum se conseruandi medium seruis temporariis restat, quod nimirum de eo, quod praeter necessaria alimenta a dominis suis acceperunt, tunc, cum ipsis vires aliquid acquirendi desint, vitam suam sustentent. *De mercede accepta se sustentare debent seruitute soluta.*

§. XXX. At quam paucissimi sunt, quibus curae cordique est, conseruationi suae, finita seruitute, prospicere; plurimi certe de eo cogitare non solent, quod exinde patet, quod omnem suam, quanta etiam sit, pecuniae summam, non nisi friuole vt plurimum dilapident. Quod non mirum est, quoniam seruientes potius affectibus quam ratione reguntur. *Quam tamen rarius conseruant.*

§. XXXI. Praeferentia erga illa seruorum temporariorum prae seruis perpetuis, quod nimirum temporarii quicquid acquirunt, retineant, et de eo disponant, ipsis plerumque damnosa existit. Vnde serui temporarii, cum careant subsidiis, reipublicae tandem varias adferunt molestias, quas in *cap. tertio* recensere animus est. *Sed quae magis iis noxia est.*

§. XXXII. Praestaret ergo, vt in qualibet republica bene constituta loco seruorum temporariorum *serui* solummodo per- *vt praestet habere in republica seruos perpetuos.*

ea parte, qua germinare incipit, ne sibi reddatur inutile: sic potentes, quo ministris perpetuo vtantur, premunt, ne si emerserint, taedio seruitutis relinquant aulam.

perpetui haberentur. (hh) Sed antequam hanc salutarem constitutionem clarius reddamus, prius considerare necesse est, quomodo seruitus constituatur ac soluatur,

CAPVT II.

DE

MODIS CONSTITVENDI SOLVENDIQVE SERVITVTEM.

ARGVMENTVM.

I. VI. De seruitute per pactum constituta. VII. An uxorem et liberos obliget. VIII. An filius liber natus per illam simul in seruitutem transeat. IX. De seruitute bello constituta. X. Victoria confirmatur. XI. Ius de seruis disponendi. XII. XIII. Seruitus soluitur manumissione. XIV. eiectione, XV. legitima fuga.

§. I.

Seruitus per pactum et vim bellicam constituitur.

Seruitus cum sit officium commoditatis, in applicatione incertum, in pace per *pactum*, in bello vero per *vim* debet reddi certum. Ita iure naturae fundati modi seruitutem constituendi sunt *pactum* in pace, et *vis* in bello.

§. II.

(hh) Conf. VON DER LINDE *diss. de vindic. hom. propr. VI. n. 92.* vbi testatur, quod illud iam multis locis sit factum.

§. II. Pactum (*a*) vero nihil aliud est, quam conuentio, in qua medium felicitatem vniuscuiusque promouens in applicatione incertum redditur certum. *Per pactum redditur officium certum.*

§. III. Quoniam vero pactum non nisi inter duos vel plures, qui in certo aliquo conueniunt, esse potest; ad illud necessario spectat conuentio, quae est duorum vel plurium in idem placitum consensus. *Interueniente conuentione.*

§. IV. At in conuentione paciscentes certum aliquid, quod alter ab altero desiderat, facta acceptatione sibi inuicem promittunt. Quare ad eius consummationem omnino requiritur consensus, qui est *acceptatio* eius, quod ad deliberandum fuit propositum. *Cuius partes referantur.*

§. V. Demum consensus vel liber, vel iuste coactus esse potest. Hinc pacta optime diuiduntur in voluntaria, (libero consensu,) et coacta (consensu iuste coacto) contracta. *Pacta sunt vel voluntaria vel inuoluntaria.*

§. VI. Prout vero omnia pacta sancte sunt seruanda: ita praecipue etiam illud in quo seruitus promittitur, sancte servari debet. *Pactum de seruitute seruandum.*

§. VII. Serui cum sint vel *perpetui* vel *temporarii*, *perpetuorum* pactum obligat eorum vxores et liberos, quia etiam illi a domino conseruantur, temporariorum vero non. (*b*) Seruorum ergo perpetuorum liberi statim, prout nascun- *Pactum perpetuorum obligat liberos et vxores.*

(a) Conf. MüLLER *I. N. c. 10.* §. 2.

(b) Iuuat, hic adferre explicationis loco, quae hanc in rem edisserit IOH. ERNEST. VON DER LINDE " diss. *de vindic. hom. propr. c.* " VI.

nascuntur sunt serui. (c) Temporariorum autem liberi quando extra familiam domini subsistere possunt, liberi manent.

An filius liber natus, patre seruo perpetuo facto liber maneat.

§. VIII. At quæstio est, an filius, qui liber natus, etiam postquam pater seruus perpetuus factus, adhuc liber sit? Negari minime potest, quod, filius consentiente patre, si alio medio quam seruitute se conseruare possit, ille liber maneat, alias vero volente patre omnino in seruitutem cadat. Nullum enim dubium est, quin pater vi patriæ potestatis iudicare possit, an vrgens necessitas adsit, vt filium seruire oporteat.

Seruitus per vim bellicam.

§. IX. Quemadmodum vero in pactis voluntariis necesse est, vt de vero et *expresso* et *tacito* contrahentium consensu constet: (quod nimirum serui sibi propositam a domino seruitutem acceptauerint, acceptationemque suam vel verbis expresserint, vel factis suis tacite approbauerint,) ita inter liberas gentes in pactis coactis sufficit, quod hostes in bello

„VI. n. 33. Cum enim facti sint serui per legitimum contractum, in quem ipsi vel parentes eorum loco iuste consenserunt; tenentur ob naturalem æquitatem contractui et pacto stare, nec possunt illum violare absque iniustitia, sicut nec alias venditiones, quod tam iuri diuino, Deut. XV. 12. 17. Exod. XX. 6. seqq. Leu. XXV. 44 seq. et ciuili per §. fin. I. de iure person. l. fin. C. de transact. l. 37. D. de liber. causa l. 2. C. eod. l. 7. §. 3. l. 33. D. d. t. l. 4. D. quib. ad libert. proclam. non lic. l. 6. §. 5. D. de iniust. rupt. irrit. test. nou. Leon. LIX. quam etiam canonico c. grandi 2. de supplend. neglig. prælat. in 6. conuenit, et sic vulgo seruatur.

(c) GROTIVS *l. 2. de I. B. et P. c. 5. §. 29.* ait: „Ius dominorum in prolem seruilem nascitur ex ipsa alimentorum, et eorum, quæ vitæ necessaria sunt, præbitione: quodque proinde, cum diu alendi fuerint e seruis nati, antequam eorum opera domino vtilis esse possit, et sequentes operæ sui temporis alimentis respondeant, effugere ita natis seruitutem non licet, nisi pro alimentis, quantum satis est, reddant.

bello sint capti, vbi iure vi cogi (*d*) possunt, vt pacta seruilia ineant, et in seruitutem perpetuariam (*e*) sese dent.

§. X.

(d) Conf. AMELOT DE LA HOVSSAIE *in not. ad Tac. An. IV. 4.* „Le prince peut bien imposer telles „loix, et telles charges, qu'il lui „plait, à des peuples, qu'il a reduits „a son obeisance par la force des ar„mes; mais il ne doit iamais en user „ainsi envers ceux, qui l'ont reçu „volontairement pour Maître, et „qui de tout tems ont vecu en re„publiquains, ou du moins dans „vne espéce de liberté ciuile; si ce „n'est, qu'ils abusent de cette liber„té, comme il arrive souvent. Car „en ces cas le Prince est en droit de „casser leurs priuileges, comme fit „le Duc de Bourgogne aux Gantois, „qui selon Commines, se servoient „des leurs à vouloir tenir leur Duc „en tutele, et a diminuer sa puissance. Quod mitius agendum sit cum populis, qui se ante aciem dederunt, contra nos non pugnat, cum præsupponamus hostes, qui *bello victi* sunt: illis victor pro beneplacito seruitutem imponere potest perpetuam.

(e) Conf. POTTGIESSER. *de condit. et stat. seruor. c. 1. §. 7.* Ceterum sicuti apud alios populos, ita etiam apud Germanos talis *perpetua seruitus* fuit, cum palam sit, rusticos in *proprietate* et *seruitute* nobilium fuisse, vtpote quorum operis maxime in agricultura indigebant. Inde vero mirandum, qua ratione factum fuerit, vt in plerisque locis libertatem acceperint, et status rusticorum cum tam insigni nobilium detrimento mutatus fuerit? Factum id esse putat KNICHEN *in oper. polit. lib. 1. c. 3. th. 6. §. 6.* circa initium seculi decimi tertii vel paulo post. Sicuti etiam circa illud tempus Margaretham Constantinopolitanam Flandriæ Comitissam in suo comitatu illam plane abrogasse, et nunquam reduci iussisse, ex Molani tr. *de canonicis* refert probatque. Is status tunc rerum, eaue temporum conditio erat, vt rustici et serui Germanorum facile ad seruitutem adspirare possent. Funestæ crucis prædicationes omnium nobilium, imo plebis quoque animos fascinauerant, vt cœco impetu et multitudine innumerabili in terram sanctam tenderent, sibique et patriæ interitum afferrent. His expeditionibus exhausta adeo Germania fuit liberorum hominum copia, vt seruis aditus facilior factus ad libertatem. Dominorum vires attritæ. Liberorum hominum defectus insignis: *vrbes et castella vacanta*, teste BERNHARDO *epist. 240. pene et iam*, pergit, *non inueniunt, quem apprehendant septem mulieres virum vnum, adeo vbique viduæ viuis remanent viris.* Conf. MABILLON. *in act. Bened. sec. V. praef §. 107. sqq.* Ita ex *penuria* liberorum hominum vni-

Seruitus hac victoria confirmatur.

§. X. Vt enim sententia iudicis et iusta et iniusta litem subditorum litigantium dirimit; ita quoque victoria in bello siue iusto siue iniusto litibus liberarum gentium finem imponit, victosque obligat omnes etiam incommodissimas conditiones (inter quas etiam *seruitus* referenda) victori promissas sanctissime seruare. Si enim belligerantes promissis stare nollent, nunquam finis belli, nempe pax, obtineri posset.

§. XI.

vniuersali status seruilis rusticorum pedetentim mutatus, et nexus durior eorum adeo laxatus est, vt a *liberorum* conditione parum differrent, ex tractu temporis, pactisque in *libertate* confirmarentur. Pariter quod ad *seruitutem* bello acquisitam attinet, communiter asserunt, captiuos in bello manere liberos, quatenus christiani inter se bella gerant. Id vero non absolute esse intelligendum, monstrat KNICHEN *cit. tr. lib. II. P. IV. c. 10. th. 8. expl* 2. his verbis: *quod iure hodierno captiui singulorum capientium fiant, probatur ex ordin imperii* der Reuter-Bestallung zu Speyer 1570. aufgerichtet *art. 94. et seq.* und in den Articuln der Deutschen Knechte. *art. 62.* „iuxta quos primo belli duces et pri„marii officiales capti a capientibus „suo duci, vel illi, cui illorum cu„ra demandata, pro muneratione de„centi exhibendi, et secundo reliqui „captiui capientium ita quidem fiunt, „vt de conuenienti lytro cum iis pa„cisci queant, sed illos citra belli du„cis concessionem sub pœna capitis „dimittere non debeant. In iure „bellico Suecico tit. 18 art. 87. et „seq. constitutum, quod captiui in„tra 36. horas supremo iustitiæ exe„cutori in custodiam publicam sub „certa pœna exhiberi debeant, de „quo etiam legi potest ius bellicum „Helueticorum tit. 17. art. 72. Iux„ta ius bellicum Danicum art. 124. „omnes nobiles et officiales capti „regi vel eius belli vicario pro con„uenienti compensatione exhibendi „sunt, ita tamen, vt illorum sup„pellex capientibus permaneat. Ci„ues vero (milites quoque gregarii) „et rustici capientium fiunt, ita ta„men, vt illos similiter absque con„sensu ducis bellici dimittere ne„queant. Pariter IOH. ERN. VON DER LINDEN *diss. de vindic. bon. propr. c. 6. et seq.* ita censet: Mannenh ro denn heut zu Tage in Spanien und Portugal es also gehalten wird, „vt infideles (veluti Ma„humedani) bello capti vel empti „serui fiant et permaneant, quamuis „religionem Mahumetis eiurauerint, „et christiana imbuantur, et fit hoc „iure talionis. Christiani enim ab „illis capti intolerabili seruitutis iu-

fo

§. XI. Porro cum domini seruis suis, prout finibus suis conforme iudicant, vti possint, sequitur, vt illi seruos suos in alios quocunque modo transferre, eosque cuicunque donare, vendere, et pro lubitu licitis modis in alios conferre valeant. vid. THOMAS. *diss. de hom. propr.* §. 24. *Ius disponendi de seruis*

§. XII.

„go ibidem opprimuntur. Iuste er„go patiuntur quod aliis faciunt per „dictum Samsonis Iudic. 15. v. 11. Wie Sie mir gethan haben, so so habe ich ihnen wieder gethan. Warumb aber, pergit *n.* 88. unter den Christen die *iura seruitutis* aufgehoben seyn, dessen wird vornemlich zur Ursache gezogen *fides et religio.* „Nam si ad vtrumque testa„mentum respicimus, christiani in„uicem fratres esse videntur. Ex „priori, quia omnes homines ex v„no parente proueniunt, et ab ini„tio liberi nascebantur. Ex poste„riori autem, quia omnes eiusdem „corporis, Christi scil. membra eo„dem sanguine redemti, eiusdem „ecclesiae et summae beatitudinis con„ciues sunt, qualis omnium sacro„rum communio, et participatio, „tantam inaequalitatem, cuiusmodi „inter seruum et dominum olim fuit, „non visa est admittere. Wozu „komme, quod non solum populus „Dei ex lege Mosis seruitutem fra„trum et popularium non nisi limi„tate et benigne admodum exercue„rit, sed quod etiam gentiles et in„fideles indignum reputauerint, vt „vnius imperii et reipublicae ciues „se in seruitutem detruderent. Im „übrigen: Ob denn auch solche „*seruitus* oder Leib-Eigenschaft mit „dem Worte GOttes und den heil„samen Lehren des Christenthums „streite? dasselbe kan gar leicht „aus dem, was bißhero angefüh„ret worden, entschieden werden, „und hat diese Frage sub distinctio„ne inter seruitutem in se et simpli„citer spectatam, et inter seruitu„tem cum addito et secundum quid „i. e. veterum Romanorum aliorum„que gentilium cum promiscuo vi„tae et necis iure, omnique in ser„uum potestate et crudelitate pu„blice priuatimque iuncta, weitläufftig und *pro more suo accurate* beantwortet. D. PAVLI *all. diss.* 4 *qu.* 7. *pag.* 152 *seq.* darthuende, daß, *si in se*, wie seine Worte lauten, *spectantur dominus et seruus, quatenus societatum simplicium speciem vtilem et necessariam ab ipsa natura et gentium legibus institutam certorum limitum regulis* (nemlich welche beschreiben hat, der heil. Paulus *ad Coloss.* 4. *v.* 1. *ad Ephes.* 6. *v.* 19. imgleichen *Seneca ep.* 47. *add. Grot. I. B. et P. III.* 14, 2 *seqq.*) *inclusam constituunt*, mit nichten könne gesaget werden *seruitutem vlli iuri, aut christianorum religioni contrariari.* Und ist

wohl

§. XV. Seruitus tandem legitimo serui dissensu soluitur, cum seruus, qui non vt homo sed vt bestia habitus, quacunque data occasione iure aufugit, quem seruitutem soluendi modum *fugam legitimam* appellamus. 3) *legitima fuga*

§. XVI. Expositis itaque seruitutem constituendi ac soluendi modis, adhuc superest, singulare commodum seruitutis perpetuariæ præ temporaria in republica in vltimo capite demonstrare.

CAPVT III.

DE SINGVLARI COMMODO SERVITVTIS PERPETVARIAE PRAE TEMPORARIA IN REPVBLICA.

ARGVMENTVM.

I. II. III. De fine societatis ciuilis et illum obtinendi remediis IV. Commoda seruitutis perpetuariæ præ temporaria V. Incommoda seruitutis temporariæ. VII. Inde prouenien̄s mendicandi mos. VIII. An istis incommodis satis consulatur in republica? IX. Incommoda dominis obuenientia. X. XI. Ex perpetuaria finis seruitutis facilius obtinetur, XII. et reipubl. magis prospicitur.

§. I.

§ 3. alene: *Hinc Terentius Phorm. act. 5. sc. 3. v. 2. manu emissi dixit.* 15. *Mea ancilla libera vt sit, quam ego nunquam emisi manu.* *Et Plautus in curcul. act. 5. sc. 2. v.*

§. I.

Fundamentum societatis ciuilis.

CVm natura hominum socialis sit, ita vt vires vnius inopiam alterius subleuare teneantur, obseruatio vero huius officii in statu naturali, vbi quilibet in diiudicando iure & officio proprio iudicio suo sequitur, facile negligeretur, ratio homines docuit, rempublicam constituere, quæ est persona moralis, cuius voluntas ac potestas per combinationem omnium voluntatum ac virium in voluntate ac potestate vnius personæ vel physicæ vel moralis vna solummodo existit, quo in tota republica concordia seruetur, ac officia tum securitatis tum mutui auxilii perpetuo præstentur. vid. MVLLER *I. N. C. 15. §. 7.*

Qualiacunque media ad finem obtinendum in republica patienter ferenda.

§. II. Quoniam igitur reipublicæ finis est, vt officia mutui auxilii in republica bene obseruentur, quem sine mediis a persona morali siue physica, in cuius voluntate omnium voluntates sunt vnitæ (i. e. quæ maiestate gaudet,) dependentibus consequi non licet, sequitur vt qualiacunque etiam ad promouenda mutui auxilii officia maiestate gaudens subditis suis præscribat, vel tacite approbet, illi iis quanquam non optima sint, vti, et varias exinde prouenientes incommoditates, cum nimirum media ad obtinendum hunc finem non sint sufficientia, patienter ferre tenentur.

Vt tamen quatenus fieri potest emendentur.

§. III. At vero cuilibet ad commodissimam vitam adspirare optimo iure licet, ergo non iniuste faciunt, qui curant, vt excogitatis mediis ad officia mutui auxilii exigenda destinatis variæ auertantur incommoditates.

Vnde seruitus perpetuaria

§. IV. Quia ergo seruitus *temporaria* est insufficiens medium exigendi *officia mutui auxilii* in republica; (vbique enim

in

in omnibus fere hodiernis rebuspublicis videre licet, quam magna vixque tolerabilia incommoda serui adferant *temporarii*,) rationes omnino vrgentes in medium proferre animus est, quibus euincendum, vtilissimum fore, si extirpatis seruis temporariis *serui perpetui* in rebuspublicis introducerentur (a). *pra temporaria commendanda.*

§. V.

(a) Obiicitur quidem, seruitutem esse *statum miserrimum*, libertatem vero statum longe felicissimum, quare statum miserrimum loco *status* longe *felicissimi* non esse introducendum; hoc tamen fieri, temporariis seruis in *perpetuos* mutatis. Accedit tantus pro libertate fauor, non modo in *iure ciuili*, quo iuxta *l. 24. D. de manumiss.* in dubio pro libertate pronunciatur, sed et in *iure canonico* vbi *c. 1. X. de coniug. seruor.* sancitum: *quod matrimonium a seruo inuito et contradicente domino contractum propter hoc dissolui non debeat.* Enim vero seruitus status quidem infelicissimus est intuitu illarum personarum quae seruiunt; magna contra reipublicae felicitas est, in qua seruitus floret. Recte id obseruat REINHARDVS *in animadu. ad I. Lips. Pol. l. V. c. XII. §. 36. n. (1).* „Certissimum est, artes mechanicas „sedentarias, quae non sub dio seu „sub tecto exercentur, atque manu „facturas delicatas, (quae digitum „potius, quam brachium requirunt,) „sua natura militaribus animis esse „contrarias. In vniuersum populi „bellicosi feriari gaudent, et pericula quam labores minus exhorrent. „Atque in hoc ingenio suo non sunt „admodum reprimendi, si animos „ipsorum in vigore conseruare cordi nobis sit. Magno itaque adiumento spartae, Athenis, Romae, „aliisque antiquis rebuspublicis fuit, „quod habuerint non ingenuos, sed „seruos plerumque, quorum laboribus istiusmodi opificia expediebantur „ Prout vero commodum *priuatum* cedere debet *publico:* ita quoque *seruitus perpetuaria*, quamquam commoditati serui temporarii propriae, et commodo priuato contraria, tamen quoniam dominis vtilior et commodior seruitute temporaria est, ac illa *commodum* promouetur publicum, seruitus perpetuaria *loco temporaria* omnino introduci meretur. Obseruauit id ipsum praeterea iam olim Dn. cancellar. de LVDEWIG *in iure clientelari sect. III. c. 2. §. 2. not. y.* cuius verba apponere lubet: „Disputare nunc liceat philosopho, „vtrum iure vtiliterque sublatae sint „seruitutes, an secus: quoniam „Iecto non licet, causam conclamatam et publica lege abolitam tueri. „Quo

Incommoda seruitutis temporariae.

§. V. Cum itaque finis seruitutis sit, necessaria vitae alimenta acquirere; sane hic in *seruitute temporaria* rarissime, imo fere nunquam, impetratur. Nam finita seruitute, finitur dominorum eos conseruandi obligatio. Illi etiam non tenentur seruorum temporariorum fatales casus in se suscipere. Serui quoque temporarii incapaces esse solent eas res, quas praeter necessaria alimenta a dominis suis acceperunt, ita conseruare, vt sufficiant ad comparanda alimenta in extrema eorum senectute, vel quando ipsis vires deficiunt seruiendo aliquid acquirere. Quare tandem, cum carent vitae subsidiis, non mirum, quod eiusmodi homines, qui magis affectibus quam ratione reguntur, desperati fiant, et ad quaeuis illicita media rapiantur, eoque reipublicae valde molesti euadant.

§. VI.

„Quo autem fine id fiat dices? Re-
„pono. Si non alio, amore verita-
„tis. Quamuis nullus dubitem, fie-
„ri posse, vt imperii princeps euan-
„gelicus seruitutes reducere queat,
„et stabilire iterum in suis prouin-
„ciis, cum libertas plurimis sit mo-
„lestissima. Et vero si de rationibus
„consilii dicendum est, pessime con-
„sultum esse puto; et dominis et
„seruis manumissione. Gaudet for-
„tunis domini seruus, quas omni
„modo promouet, quoniam spem et
„ipse cum posteris habet lautioris
„vitae sub domino opulenti: domi-
„nus non minus seruo bene cupit,
„cuius liberos fouet, artes docet per
„magistros, quod nouit, sibi, non
„aliis operas serui artificis demum
„profuturas. Contra mercenarii,
„domino non prodesse, sed inanium
„specie apud eum valere student,
„quod mutabilem esse sciant domi-
„norum voluntatem liberorumque;
„nullas ob bene merita habitum iri
„rationes; ipsi domini seruis con-
„ductis diffidunt, ne, artes edo-
„cti, illos deserant petantque dimit-
„ti. Quo fit, vt optima ingenia in
„otio et ignauia putiscant et depe-
„reant in paupertate. Vtinam ergo
„reducerentur in rempublicam iura
„seruitutis, cum ingenti commodo
„artium ac scientiarum in republica.
„Quid vero? num improbum esse,
„videtur, quod voueo. Necquic-
„quam. Pauli et antiquissimorum
„conciliorum praecepta sunt: ne ser-
„ui, Christum seruatorem professi,
„dominos deserant, adfectatione li-
„bertatis. Peccatorum seruos Chri-
„stum horrere, non operarum

§. VI. Vt vero multi, omnibus viribus aliquid acquirendi destituti, coguntur in incertissimum se conseruandi medium, nempe in *mendicantium* ordinem se conferre, quod iure naturæ illegitimum vitam sustentandi medium est, (nemo enim ab altero *officium commoditatis*, quod non compensare valet, exspectare debet, alterius vero inopiam subleuare, est officium in applicatione valde incertum, quod per pactum debet reddi certum:) Ita quoque quam plurimi propter fugam molestiarum mendicare solent in optimo flore ætatis suæ; sed quoniam id, quod ad eorum sustentationem desideratur, sine vllo in recta ratione fundato iure ab aliis postulant, hi quoque cum ex nullo iuris naturæ officio obstricti sint ad aliquid gratis porrigendum, parcissimi in distribuendo aliquid mendicantibus esse possunt. Quo fit, vt eiusmodi homines affectibus suis nimis dediti ne gulis eorum superflua desint, quæuis media illicita arripiant, ac ab aliis vel clam, vel vi *(b)* auferant, id quod etiam precario gratis desiderare nullum ius habent.

Inde inordinatus mos mendicandi.

§. VII.

(b) *Paupertas* ait HERT. *in polit. P. II. s. I. §. IX. seditionem efficit et iniuriam.* Addit ARISTOTELIS sententiam 2. *Rhet.* 16. *Pauperes callide et versute sunt improbi, et in rebus exiguis se dedunt nequitiæ, euadunt fures maledici, inuidi et paruis in rebus iniuriam facere non detrectant* Et IV. *Pol.* I. 11. *valde egentes fraudulenti fiunt, et minutis flagitiis valde dediti.* Non inepte itaque VON DER LINDE *diss. de vindic. hom. propr. c. VI. n. 91.* mendicorum multitudinem sublatæ seruituti, adscripsit, cuius verba sunt: *Non errauero, si mendicorum multitudinem qua tempora nostra vehementer laborant, inde ceu præcipuo fonte dimanare dixerim. Et faciunt huc, quæ* ARNISAEVS *in doctrina polit. c. 4. p. m. 131. in fine et pag. seq. de domino et seruo ex Africanis historicis refert: scilicet olim episcopis in manumittendis seruis inuicem certantibus tantam mendicorum copiam subortam fuisse, vt rogatione pontificum imperatores Xenodochia, Nosocomia, ædificare coacti fuerint, vt regiones mendicis leuarentur. Hanc etiam ob caussam,* pergit, *communi gentium christianarum praxi, eo ferme*

Quod calamitosum reipublicæ.

§. VII. Quam miser vero reipublicæ sit status, in quo pauperes finita eorum seruitute temporaria vel mendicare vel furari aut latrocinia exercere (c) student, facile patet, quando exinde variæ in republica exoriuntur turbæ.

Non sufficiunt remedia contra seruitutem temporariam introducta.

§. VIII. Quamuis enim ad auertenda seruitutis temporariæ mala in diuersis rebuspublicis diuersæ factæ sint constitutiones, dum nimirum certæ domus exstructæ, in quibus pauperes sustentantur, illæ tamen non sufficiunt ad omnes alendos, vnde videmus, vbique tantam pauperum copiam vitam suam miserrime agere.

Perniciosa etiam seruitus temporaria dominis.

§. IX. Seruitus temporaria non modo ipsis seruis temporariis perniciosa existit, sed etiam *dominis*, quorum labores non adeo accurate a seruis temporariis quam a seruis *perpetuis* expediri solent. Quia domino potestate sua domestica in illis prout in his vti non licet. Quare domini, optimo medio, continendi seruos in eorum officio priuati, (d) varia potius

me deuentum est, vt seruitus, quæ olim religionis praetextu abrogata, necessitatis obtentu quasi postliminio variis in locis restituta sit.

(c) Optime FORSTNERVS *in not. ad Tac. p. 330.* „Duæ sunt præcipuæ „regnorum pestes ambitio et despe„ratio. Desperatio vltimis consilio„rum præcipitiis, quibus aut petit „aut perdit animum aperit, sed ab„rupta illa consilia vel ex minuen„tium metu procedunt; vel ex aeris „alieni magnitudine. Ex flagitiis „ac pœnæ metu sane maxima peccan„di necessitudo est Tunc igitur pe„riculis per pericula quærere reme„dia, et manifestis flagitiis ab auda„cia subsidium petere optimum dici„tur. Quibus ambiguæ domi res, „Tac. I. hist. et afflicta fides in pa„ce est, turbatis rebus alacres, et per „incerta tutissimos se putant (Tac. „I. hist) domesticis malis excidium „patriæ opponere. (Tac. 5. hist.) „et priuata vulnera, reipublicæ ma„lis aperire solent. (Tac. I. hist.) „Publica quisque ruina mauult oc„cidere, quam sua proteri.

(d) Ex ARISTOTELE hoc illustrat. HERTIVS *in pad. prud. polit. P. II. sect.*

tius mala a seruis temporariis tolerare, quam ab illis quamlibet interdum non adeo magni momenti rem exigere coguntur.

Perpetuaria seruitus magis propugnanda.

§. X. Quoniam igitur seruitus temporaria insufficiens est medium promouendi officia mutui auxilii; sequitur, vt magna *seruitutis perpetuariæ* prærogatiua præ seruitute temporaria existat.

Quod in ea finis seruitutis rectius obtineatur.

§. XI. Nam singulare seruitutis perpetuariæ in republica commodum satis exinde constat, quod illa, cum seruos perpetuos de fine seruitutis nempe conseruatione certos reddat, fini reipublicæ (*e*) nempe exactioni officiorum *mutui auxilii* inseruiat.

§. XII.

sect. I. §. 4. serui si remissius habeantur, contumeliosi fiunt, atque æquum putant, vt æquali cum heris loco sint: sin autem misere viuant, insidiis eos appetunt, et odio prosequuntur.

(e) Vt vero omnes etiam vtilissimæ res per abusum nociuæ fieri possunt, ita quoque palam est, ex nimia seruorum multitudine varia oriri posse mala. Illustrabo id ipsum verbis HERTII *P. II. sect. I. §. IV. n. 1.* vbi adfert testimonium THVCYDIDIS *l. IV. hist.* "Lacedemoniis plurimum negotii fuisse in custodiendis seruis, asserentis. Atticos seruos, pergit, per quos vinctos metalla exercebant, a dominis defecisse, et custodes interemisse et diu Atticam deuastasse memoriæ ex Posidonio ATHENAEVS l. 7. Diphnosoph. c. 7. vbi addit: Id eodem tempore factum esse, quo et in Sicilia exorta est alia seruorum seditio, aut potius multæ. Seditionem grauissimam a seruis excitatam ob nimiam eorum multitudinem, narrat DIODOR. SICVL. in excerpt. Peirisc. p. 263 conf. FLORVM l. 3. rerum Rom. 19 Addi potest exemplum Romanorum, apud quos priuati multa millia seruorum habebant, de quo prudenter quæritur SENECA de tranq anim. c. 9. et de vit. beat. c. 17. Hinc FLORVS l. 3. rer. Rom. c. 12. n. 20. quid autem bella ciuilia? vnde nobis, nisi ex abundantia familiarum?

Respublica carret facinorosis furibus, latronibusque.

§. XII. Prout vero obtentio finis seruitutis perpetuariæ, nempe *conseruatio perpetua*, impedire potest, ne serui perpetui ex inopia illegitimis se sustentandi mediis seruorum temporariorum vtantur; ita dominorum potestas domestica efficere omnino valet, vt serui perpetui non vt serui temporarii ex malitia illicitis mediis se conseruare possint. Potestas enim domestica optimum est medium seruos perpetuos in officio suo continendi.

Conclusio.

§. XIII. Cuilibet exinde facile colligere licet, quantum sit seruitutis perpetuariæ præ temporaria in republica commodum. Seruitus enim perpetuaria medium sufficiens est, exigendi *officia mutui auxilii*, quo in republica omnibus bene sit, exstirpandi illicitum seruorum temporariorum mendicantium in republica ordinem, ac impediendi, ne aliquis seruorum perpetuorum, vt temporarii, sine ex inopia siue ex malitia alterius bona vel clam vel vi auferat. Quare demonstratis iis, quæ promisimus, hic filum dissertationis inauguralis abrumpimus.

CLARISSIMO CANDIDATO
BALTH. OTTONI FLESCHE
S. P. D.
PRAESES.

Argumentum, quod dissertationi inaugurali destinasti, proprioque marte elaborasti, ita comparatum est, vt et documentum industriæ et profectuum Tuorum esse, et simul demonstrare queat, quam insigni in errore illi versentur, qui opinati sunt, bono reipublicæ, et ecclesiæ seruitutem perpetuariam esse sublatam. Qui rationes hoc modo subduxerunt, commoda seruitutis perpetuariæ et incommoda

moda temporariæ exacto iudicio haud ponderatum, cum tamen illa vel ex Romanorum vsu, hæc vero ex præsenti rerum domesticarum conditione deteriore discere potuissent. Si ad illum meditando etiam animum applicuisses, amplissimus campus sese Tibi aperuisset, in quo vires ingenii Tui experiri potuisses. Etenim Tibi satisque superque notum est, ex penu iuris Romani vsus infinitos seruorum perpetuorum posse demonstrari, quibus olim res domestica et agraria instructa fuit. Varia enim seruorum ministeria atque officia fuere, quæ hodie non sine difficultate, nec sine magnis impensis a mercenariis et opificibus petere debemus. Præsto erant Romanis serui actores, dispensatores, cubicularii, coqui, tonsores, focarii, lecticarii, saltuarii, textores, tabellarii, villici, coloni, pistores, negotiatores, fabri, muliones, fossores, putatores, cupiarii, venatores, tectores, subulci, institores, agasones, pastores, aucupes, fullones, cellarii, pædagogi, immo etiam medici et chirurgi, quibus non tantum, quæ ad necessitatem quotidianam desiderantur, domestica potestate imperare, sed etiam simul ad quæstum vti potuerunt. Hoc fructu et commodo hodie non tantum patresfamilias destituuntur, sed ipsa quoque respublica ex numero seruorum temporariorum, qui vt plurimum nulla opificis arte instructi sunt, varia incommoda sentit, vt erudite, clarissime Candidate, hoc in specimine demonstrasti. Hoc ipso vero simul publice dotes animi et promtitudinis Tuæ exponis, quas egregie priuatis in examinibus ordini nostro exhibuisti, atque ostendisti, Te præ ceteris iis meritis dotatum esse, quæ ad impetrandos honores Doctorales viam aditumque pandunt.

Eo nomine Tibi ex animo gratulor, atque vt DEVS rem literariam Tuam vlterius secundare velit, voueo optoque. Dab. d. 21. Aug. MDCCXXX.

EXERCITATIO LIV.
AD LIB. XIX. PAND. TIT. III.
DE
TRANSLATIONE DOMINII IN CONTRACTV AESTIMATORIO.

ARGVMENTVM.

I. II. Argumenti tractandi ratio. III. Contractus æstimatorii origo. IV. Eius indoles. V. Discrimen propolarum ab arbitratoribus. VI. In quo vulgo collocetur huius contractus a mandato discrimen? VII. VIII. Verius discrimen ex diuersa ratione æstimationis, quæ fit vel venditionis vel taxationis gratia. IX. X. Exempla æstimationis, taxationis causa factæ. XI. Criteria vtriusque æstimationis. XII. Aestimatio venditionis gratia adiecta non semper efficit contractum æstimatorium. XIII. Huius discrimen a mandato de emendo. XIV. XV. Criteria celebrati contractus æstimatorii. XVI. In dubio contractus æstimatorius initus censetur. XVII-XIX. Propria eius indoles. XX-XXIII. Argumenta, cur in eiusmodi negotio mandatum in dubio præsumi nequeat. XXIV. An in contractu æstimatorio dominium transferatur? XXV. Argumenta negantium quod I) animus transferendi dominium deficiat; XXVI. quod II) animus alienandi sub conditione declaretur, XXVII. quod III) periculum rei æstimatæ non transferatur, XXVIII. quod IV) emtio venditio non ineatur, XXIX. quod V) facultas, rem æstimatam re integra repetendi,

deesse,

deesse non videatur, XXX. quod VI) hoc negotium imitetur mandatum vel locationem, XXXI. quod VII) fide de pretio non habita nec dominium transferatur, XXXII. quod VIII) de dando proprie non agatur. XXXIII. Contraria sententia defenditur I) ex alternatiua huius contractus obligatione, XXXIV. II) ex æstimatione venditionis gratia adiecta, XXXV. III) ex origine huius negotii, XXXVI. IV) ex periculo rei, quod sustinet accipiens, XXXVII. V) ex effectibus dominii XXXVIII. VI) ex euentuali emtione. XXXIX. Patroni huius sententiæ. XL. Responsio ad argumenta dissentientium. XLI. Aduersus tertium b. f. possessorem non competit actio ad rem æstimato datam repetendam. XLII. Responsum de hoc argumento. XLIII. In concursu creditorum res æstimato data iure crediti repetenda.

§. I.

Solent alias Dd. quando controuersias maximi vel alicuius momenti aggrediuntur, præmittere quædam de spinosa difficultate thematis propositi et de Doctorum mirifico dissensu circa illam. Verum id quidem in præsenti themate non adeo mihi integrum est, postquam paucissimi hanc controuersiam ex fundamentis genuinis eruere laborauerunt, immo pauciores vix eam attigerunt, vt ideo eo magis inoffenso pede me in hoc themate enucleando progredi posse arbitratus sim, offensus nullius auctoritate aut aliqua præconcepta opinione. Quo magis enim crescunt Dd. dissensiones de aliquo themate, eo plura sæpius impedimenta iniiciuntur, quo minus ad veritatis viam peruenire possimus. Vnde non adeo mirandum erit, si magnum Dd. aceruum pro *Generale monitum circa hanc materiam.*

vtraque sententia pugnantem haud adducere possim, vt interim tamen, quæ dubia probabiliter, hic adduci possent, non omittam.

Methodus tractandi thematis.

§. II. Ceterum vt propositæ quæstionis enucleatio eo clarior et dilucidior appareat, altius paulo rem repetere, et naturam totius negotii perlustrare cogor. Quia enim animaduerti, in ipso negotio contractus æstimatorii superesse plures scopulos ante superandos, vel a Dd. non sufficienter remotos, hos limites mihi ipsi circumscribo, vt (I) breuiter *naturam negotii* perspicue exhibeam, et ab aliis negotiis affinibus distinguam, et deinde ipsam quæstionem propositis dubiis resoluam (II) ex *legibus Romanis*, (III) etiam ex *praxi*, et subinde (IV) conclusiones ex resoluta quæstione deducam.

Origo huius contractus.

§. III. Dum propositum argumentum ex negotii ipsius natura eruere studeo, merito, quantum fieri breuibus potest, naturam contractus æstimatorii intueri et examinare necesse erit. Origo huius negotii videtur dependere partim ex origine *emtionis venditionis*, partim ex origine *ciuitatum* constitutarum, quia in ciuitatibus fere principaliter solet frequentari hoc negotium. Quod ad originem emtionis venditionis attinet, satis eleganter eam exprimere videtur ICtus in *l. 1. D. de contr. emt. vendit.* ostendens, olim venditionem fuisse incognitam, et vnice permutatione mutua alterum alterius indigentiæ subuenisse, et sic respicit ICtus ad simpliciora gentium tempora, vbi adhuc innoxio vitæ genere ruri viuebant, et ex agricultura vitæ subsidia quærebant. Vnde et TACITVS de Germanis interioribus adhuc suo tempore asseruit *de morib. German. c. 1.* quod *simplicius et antiquius permutatione mercium vtantur.* Quo simplicius enim viuitur et facilius in-

digentia

digentia mutua suppleri potest, eo magis pecunia carere possumus. Vnde etiam eo tempore *contractum aestimatorium* fuisse incognitum, non vlteriori indiget declaratione, quia, vt mox ostendendum erit, vnice hoc negotium per venditionem celebratur, immo est quaedam emtionis venditionis species. Addit vero porro ICtus, *difficultatum permutationum* ansam dedisse ad eligendam eiusmodi materiam, cuius perpetua esset aestimatio, et sic introductam esse emtionem venditionem. Neque vero adeo difficile est causas huius difficultatis eruere, si modo ad ea, quae iamiam dicta sunt, respexerimus. Videlicet difficultas permutationum non dependet ex *natura ipsius negotii*, quamuis id velit PAVLVS in *cit. l. 1.* sed potius *ex statu hominum corruptiori*, et semper in deterius ruente. Cum enim simplicior vita paucioribus contenta transmutaretur in luxuriosam et ambitiosam, et ita homines variarum rerum copiam ambirent, indigentia adeo aucta fuit, vt iam non amplius permutatio sola sufficiens esse potuerit. Hinc alia varia negotia orta, quod Germanorum vitam simpliciorem relinquentium exemplo eleganter illustrat CONRING. *de vrb. Germ. th. 78.* Inprimis vero ciuitatibus introductis, negotia inter homines multiplicari debuerunt, cum, quo maior indigentiae nascitur occasio, eo magis quoque hominum animi intenti sint ad supplendam hanc indigentiam, tum vero nullibi magis ambitio et luxus dominatur, quam in ciuitatibus; quid ergo mirum, si nullibi magis commercia exerceri coeperint, quam in ciuitatibus, et sic emtiones venditiones ita inualuerint, vt permutationis vsus inde rarior fieret, deserta et abiecta plane vita simpliciori.

Origo emtionis venditionis.

§. IV. Commercia itaque pretio *eminenti* semel introducta admodum variare coeperunt, prout auaritia, luxuria et super-

Introducta varia emtionum species ex indigentia orta.

superbia quotidie hominum genus magis magisque corrupit. Et quidem emtio venditio vel omnibus hominibus communis facta, vel peculiaris certis assignata hominibus in certis mercibus. Illa ad *domesticas* et alias necessarias indigentias supplendas spectat, et inde vocatur *œconomica*, hæc vero in specie *mercatura* dici cœpit, et peculiari generi viuendi attributa est, quod inprimis in ciuitatibus frequentari solet. *Prior* emtio venditio, quatenus non denotat peculiare genus viuendi, vel fit ab ipsis rerum dominis, vel ab aliis ad hoc negotium specialiter deputatis, qui recipiunt sub certa æstimatione rem aliis vendendam vel sibi retinendam, vel restituendam. Cum enim sæpius contingere possit, vt quis res superfluas habeat, vel etiam pecunia indigeat, vt hinc ex necessitate res quasdam mobiles pretiosas alienare necesse habeat, et vero ratio decori, ambitionis vel alterius impedimenti non permittat, vt ipse dominus per se illas aliis ad emendum offerat, hinc nouum inde exortum est viuendi genus, vt quidam vel *priuata* auctoritate, vel *publica* hoc negotium in se susciperent, et ita res illas *æstimatas* a dominis rerum susciperent aliis vel vendendas, vel sibi retinendas, vel restituendas. Harum autem personarum vt plurimum hæc conditio est, vt sub fide silentii adstringantur, ne, quinam harum rerum vendendarum fuerint domini, emtoribus indicent, quia plerumque ita ambitiosi sunt homines, vt turpe sibi ducant res quasdam pretiosiores alienare, cum talis alienatio aliis indicium facere possit, talem hominem esse valde indigentem, cum tamen plerique ambiant diuitias, et pro diuitibus haberi velint. Hinc cum eiusmodi hominibus non aliter solet contrahi ac quidem cum ordinariis mercatoribus, vbi non disquiritur, a quibus merces has vel illas fide habita acceperint, an proprio nomine merces vendant, an ex commissione alterius mercatoris;

Summaria descriptio contractus æstimatorii.

toris: ſimpliciter quippe ſequimur fidem mercatoris. Cum vero potro rarius homines ſoleant pretioſa alienare, hinc ſimul eiusmodi perſonæ ad hoc adhiberi cœperunt, vt res aliorum ſub pignoris nexu aliis tradant, accepta loco eius pecunia mutua eis, quorum intereſt, reſtituenda, vbi itidem non ſollicite disquiri ſolet, aut oportet, quis ea pignora dederit, ſed etiam huius hominis fides hac in re ordinarie reſpicitur, quaſi ipſa res oppignoraret in proprios vſus et commodum. Nam et hic aliquid indulgendum eſſe vanæ ambitioni hominum puto. Vt itaque huiusmodi homines, qui alias *propolæ* dicuntur, duplici officio fungantur, (1) *vt res æſtimatæ pro certo pretio vendendas accipiant*, (2) *vt res aliorum nexu pignoris ſupponant et ſubiiciant.*

§. V. Quod ad primum attinet negotium, omnino ſeparanda ſunt alia negotia ab hoc contractu, ne a diuerſis ad diuerſa argumentum ducatur. Et primo quidem huc non pertinent *arbitratores*, quibus mediantibus res ſæpe diuenduntur. Hi enim tantum eum in finem adhibentur, vt principaliter contrahentibus inſeruiant *mediatorum inſtar*, et aliquando dubium aliquod in emtione definiant, veluti ſi pretium in tertii arbitrium eſt collocatum, vt ille ex peritia, qua inſtructus eſt, illud determinet. Hic enim nihilominus ipſe rerum dominus eſt venditor, et negotium principaliter inter emtorem et venditorem abſoluitur. *Differentia propolarum ab arbitratoribus.*

§. VI. Porro quoque ſedulo cauendum, ne *mandatum de vendendo* confundamus cum hoc negotio. Sæpe enim aliis, qui alias huic viuendi generi ſe non addixere, mandatum dari ſolet, vt res alterius nomine alienent, et quidem illud tunc facillime dignoſcitur, ſi res *in genere* ad vendendum pro *iuſto* *Diſtinctio mandati de vendendo a contractu æſtimatorio vulgaris reiicitur.*

pre-

pretio, non adiecta speciali æstimatione, datur, id quod tamen ad præsens negotium, de quo hic agimus, pro forma et essentia requiritur. conf. HAHN. *ad Wes. ad Tit. de æstimat. n. 5.* Sed in eo latitat maior difficultas, quando quis mandatum accepit de re vendenda pro *certo determinato pretio*, qua ratione tunc distinguatur a *contractu æstimatorio.* Nam tale mandatum dari posse, perspicuum est ex *l. 5. §. 3. D. mandat.* vbi casus de eo, qui mandauerat alteri, *vt fundum suum venderet centum*, ex quo negotio mandati actionem dari asseritur. Ast vero si res vendenda æstimata detur, oritur inde contractus æstimatorius, immo negat ICtus mandatum inde oriri *l. 1 D. de æstimat.* Miratus certe sum, a plerisque Dd. hoc dubium intactum et inexcussum esse relictum. Equidem SCHWENDENDORFF. *de contract. æstimat. §. 6.* in eo differentiam mandati ab hoc negotio quærit, quod mandatum sua natura sit gratuitum, huic vero negotio merces accedere possit. Hactenus bene. Sed quid si merces non accedat, an itaque tunc est mandatum? Neque enim merces semper accedere debet. Et quid si accesserit, estne tunc potius locatio conductio, nam illa recipit mercedem. Ex eo itaque, quod recipiat mercedem, non discernitur ab aliis negotiis. Addit vero, accipientem non teneri præcise rem vendere, quod tamen in mandato stricte requiritur *l. 46. l. 5. D. mand.* Sed hoc ipso non tollitur dubium ex *l. cit. 5. §. 3.* desumtum. Ponamus, Caium in mandatis Meuio dedisse, vt ædes suas *centum* venderet. Quid itaque iuris, si ædes vendere non possit, an itaque stricte obligatur ad ædes vendendas? Et quid si ipse ædes retinere velit pro hoc pretio, annon hoc ei erit permissum? Sine dubio itaque negotii natura hoc indicat, vt vel si vendere non possit, ipsas ædes restituat. Nam et mandatum sub alternatiua obligatione subsistere potest. Qui enim, si Meuio

uius Seio in mandatis dedit, vt vel transactione vel legitimo processu controuersiam decidat: vel vt certam rem emat, vel pretium restituat, nonne et hoc casu alternatiue obligatur et mandatum verum subest; Ex quo euidens est, naturam mandati et contractus aestimatorii exinde dignosci non posse.

§. VII. Tentabo itaque, an alia via scopulos hosce vitare possim. Differentiam specificam a forma et essentia rei petendam esse, Logici optime tradunt. Iam contractus aestimatorii essentia fundatur *in aestimatione determinata*, adeoque ex huius natura vtriusque diuersam rimari naturam conueniens erit. Scilicet varie aestimatio considerari potest, prout varie determinatur. Vel enim *a lege*, vel *a iudice*, vel *a priuatis* determinatur. Si *a priuatis*, tunc vel *solitarie* ab vna parte, vel per *conuentionem*. *Priorem casum* hic non tangimus, sed pertinet vel ad *affectionem*, vel ad *dispositionem testamentariam*. De *posteriori* hic sumus solliciti, cum agamus de contractibus vtriusque paciscentium consensu constantibus, et haec aestimatio dici solet *conuentionalis*, quatenus consensu vtriusque est definita. Potest vero haec aestimatio fieri duplicem ob finem, vel vt constet, quanti res sit, ita vt si forsan postea aestimatio ab altero praestanda sit, statim rei pretium in promtu sit, et alter, ad quem res spectat, liberetur ab onere probandi, vel etiam vt alter certum rei pretium scire possit, cuius forsan interest, illud scire, et tunc aestimatio dicitur *taxationis gratia* esse facta: vel etiam ob hunc finem, vt alter pro hac aestimationem praestare, et tunc est vera emtio venditio: vel ita, vt tradens eius arbitrio committat, vtrum rem acceptam reddere, an vero aestimationem conuentam praestare velit, et tunc *quasi venditio* videtur in-

Vera differentia eruitur.

Varia consideratio aestimationis.

Aestimatio fit vel taxationis gratia,

vel venditionis gratia.

interuenisse, hinc æstimatio *venditionis gratia* adiecta videtur.

Declaratur distinctio ex legibus.

§. VIII. Quæ res vt eo clarior euadat, placet illam ex ipsis argumentis rerum deducere et illustrare. Res dotalis marito dari solet sæpe sub certa æstimatione: sed, prout dictum, duplici ratione. Si conuenerit, vt maritus aut rem dotalem aut æstimationem præstaret, venditionis gratia censetur adiecta æstimatio, et maritus eliget, vtrum rem malit offerre, an pretium verum, nisi aliud actum *l. 10. §. fin. D. de iure dot.* Ex quo apparet, veram characteristicam notam huius æstimationis consistere in *obligatione alternatiua*, etiamsi debitori nequidem electio supersit. Nam, vt pergit ICtus, *si res non extet, æstimationem omnimodo maritus præstabit*, adeoque cum mulier æstimationem eligere possit, merito venditionis causa pretium adiectum censetur. Ex quo patet, vix approbari posse sententiam MAVRITII *diss. de æstimat. §. 23* asserentis, emtionis loco tunc demum æstimationem adiici, quando valor rei exprimitur et conuenit, vt non res restituatur, sed illud pretium, quod illis rebus fuit constitutum. Nam sic vera iam est *ab initio* emtio, cum tamen hic requiratur, vt alternatiue quis obligetur, quod vlterius apparet ex *l. 1. §. 1. de æstimat. l quotiens 5 C. eod.* vbi dicitur, *quod retinere possit illas res, si pecuniam vxori offerat.* Ex quo concludo, posse eandem etiam non retinere, si pecuniam vxori offerre nolit. Vnde posset dici, quod hoc casu sit *euentualis venditio*, hoc tamen efficiens, vt periculum in maritum transferatur, *arg. l. 1. §. 1. de æstimat. act.*

Exempla æstimationis tamen non gratia adiectæ.

§. IX. Ceterum si conuenerit, vt ipsa res præcise restitueretur, non vero ita in mariti libero arbitrio collocetur, tunc

tunc est tantum taxationis gratia pretium adiectum. Eleganter hoc declaratur in *l. si inter virum 21. C. de iur. dot.* vbi inter virum et vxorem sequens pactum initum erat: vt *si matrimonium intra quinquennii sorte tempora quoquo modo esset dissolutum, species aestimatae doti datae pretiis, quibus aestimatae sunt, redderentur.* Quaestio exsurgebat, vtrum venditionis, an vero taxationis caussa esset adiecta aestimatio? Et respondent Imperatores, taxationis gratia adiectam censeri debere. *Manifestum est*, inquiunt, *non pretia specierum dari, sed ipsas species debere restitui: cum in placitis specierum reddendarum idcirco pretiorum nomen videatur annexum, ne si species aliqua deminuta fuisset, aut perdita, alio pretio, quam quo taxata fuerat, reposceretur.* Ex quo concludo (1) hoc in casu principaliter intendi inter partes, vt ipsae res tradantur, secundario vero et per accidens, vt pretium determinatum: (2) obligari hic maritum quoque alternatiue, sed non eodem modo, vti in casu praecedenti. Nam hic primario obligatur ad rem in specie restituendam, adeo vt nec illam possit retinere, oblato pretio, ne aliud pro alio soluatur: secus ac in priori casu, secundario autem et in subsidium demum ad determinatam quantitatem obstrictus est, ad quam alias quoque non adiecta aestimatione iam erat adstrictus, sed ne postea de aestimatione litigetur, maioris securitatis gratia statim adiicitur. Vnde non idem effectus hic resultant, qui resultabant ex priori casu.

§. X. Sed idem quoque in aliis negotiis, vbi non aeque agitur de dominio quodam transferendo, contingere potest, hoc modo: loco vel commodo tibi equum meum, quem nollem vendere viginti aureis, certe si aestimatio hoc casu faceret venditionem, sequeretur, vt si equo vitium accideret, immo si *Alia exempla adducuntur.*

 fun-

funditus per casum aliquem fortuitum periret, periculum ad conductorem pertineret, perinde ac si illum equum emisset. Quod si autem illa æstimatio non induceret venditionem, contractus maneret in sua natura, siue in finibus locationis et commodati, in quibus contractibus, si dolum et culpam præstat, non tenetur de aliis damnis casu fortuito emergentibus. Diceres, vnde cognoscere possum, quando æstimatio pariat venditionem? illud iam satis colligi potest ex iis, quæ §. anteced. dicta, et eodem modo ad hunc applicari casum debent. Simile exemplum occurrit in *l. 3. D. loc.* vbi fundo locato cuipiam colono instrumentum rusticum æstimatum est datum, et dicitur ibidem, *illud instrumentum rusticum videri veluti emtum.* Quando itaque, non obstante æstimatione, res nihilominus restitui debet, illa non parit venditionem, sed vti modo dictum, hunc in finem tantum adiecta censetur, vt colonus sciat, in quantum conueniri possit, si instar boni patrisfamilias fundum conductum non administrauerit. E contrario autem, si alternatiue æstimatio adiecta sit, vt colono liberum videatur, an pretium an rem velit restituere, tunc æstimatio est venditionis caussa adiecta.

Vnde colligatur, an æstimatio venditionis, an taxationis gratia adiecta sit

§. XI. Verum cum non semper constet, an æstimatio facta fuerit, tanquam venditio, an vero tanquam taxatio nuda, recurrendum est ad probabiles coniecturas, et inprimis videndum, quid actum sit inter partes: de quo si non constet, præsumendum est in dubio, venditionis gratia esse adiectam æstimationem, si contractus per se sit dominii translatiuus, nisi ex mente paciscentium aliud appareat. Hinc si contractus in scriptis fuerit celebratus, inspiciendum præcipue ad præfationem, ex qua statim colligitur mens et voluntas paciscentium, nam in illa tenor contractus semper præmitti solet.

 conf.

conf. IO. SAM. STRYK *de iure præfat.* In aliis vero contractibus, vbi non agitur de dominio transferendo, magis iuxta naturam propriam contractus concludendum esse puto, partes potius voluisse æstimationem adiicere taxationis causa.

§. XII. Ceterum vt in viam redeamus, non credendum est, tunc statim fieri contractum æstimatorium, si alicui negotio *æstimationis venditionis causa* est adiecta, aut vbi quis alternatiue obligatur vel ad rem restituendam vel ad pretium: sed negotia bene sunt distinguenda: aut enim negotium *propriam* iam habet *naturam*, et ei tantum per pactum adiectum adiicitur æstimatio, et sic vel manet negotium in suis terminis et substantia propria, vel in aliud degerat. Hoc tunc contingit, quando præcise ita æstimatio adiicitur, vt non *res* sed præcise *æstimatio* restituatur: nam sic est vera *emtio venditio*, et partes potius aliud videntur simulasse negotium, v. g. quando quis locat ædes sub tali conditione, et sic hoc casu etiam actio emti venditi locum habet. *l. 1. C. de iure dot. l. 16. D. eod.* Illud vero contingit, si *alternatiue* ita æstimatio adiicitur, vt antea dictum, et tunc quidem quodammodo natura negotii alteratur, sed manet tamen ipsum negotium in sua substantia, adeoque si ita essent locatæ ædes, vt vel ipsæ ædes vel mille restituerentur, non actio emti venditi, sed potius actio locati conducti competeret, electione debitori salua. Non enim *in totum mutatur* natura negotii, sed tantum *quodammodo alteratur* et irregularis redditur, quo casu tamen non amittit statim omnem suam naturam *arg. l. 24. depos.* multo minus est contractus æstimatorius: quamuis enim etiam hic subsit *alternatiuus modus obligandi*, tamen illud obstat, quod hic agatur de *negotio suam propriam naturam habente*, cui tamen per accidens tale pactum adiicitur. Tunc vero demum contractus

Aestimatio venditionis gratia adiecta non semper facit contractum aestimatorium.

Quando contractus æstimatorius subsit.

tractus æstimatorius subesse intelligitur, quoties quis hoc modo obligatur, *vt tamen negotium ad nullum aliud per se subsistens et propriam habens naturam, referri possit*, ceu quoque ostendit ICtus in *l. 1. pr. D. de æstimat.* Est itaque *CONTRACTVS AESTIMATORIVS, quo res alicui, qui ordinarie tale negotium suscipere solet, vendenda datur sub certa et determinata æstimatione, ita videlicet, vt ei liberum relinquatur, velitne ipsam rem, an vero æstimationem præstare.* Quamvis itaque possit dici, illum in se continere *euentualem* venditionem, tamen talis non hic cum ipsa actuali venditione confundenda.

Distinctius ostenditur qua ratione a mandato de vendendo differat.

§. XIII. Ex his suppositis facile iam colligi posse videtur, qua ratione hoc negotium a *mandato*, vel etiam *locatione*, si merces accesserit, differat. Iam ostensum, in hoc negotio per essentiam requiri, *vt quis alternatiue obligetur vel ad pretium vel ad rem restituendam.* Vbi vero talis occurrit æstimatio, ibi semper *venditionis causa* æstimatio adiecta dici debet. Et sic concludo, *in contractu æstimatorio adesse æstimationem venditionis gratia.* Ast si tantum mandatum interuenit, et de hoc constat, vel etiam locatio conductio, tunc æstimatio tantum *notitiæ gratia* adiicitur, vt alter possit eo rectius fines mandati obseruare, ita, vt si res non possit vendi pro illo pretio, præcise domino restituenda sit, immo si possit maiorem summam pro illa re accipere, et ad hanc quoque restituendam simul obligetur. Res itaque ex *intentione agentium* est diiudicanda, vtrum contractum æstimatorium, an mandatum de vendendo gratis inire voluerint.

Ex quo possit concludi, ma-

§. XIV. Melioris declarationis gratia quasdam adducere lubet circumstantias, ex quibus concludi potest, magis esse

esse celebratum *mandatum* vel *locationem*, quam *æstimatorium contractum.* Primo ante omnia respiciendum *ad conditionem personæ*, cum qua negotium celebratur. Quodsi enim quis amicum proficiscentem Lipsiam rogaret, vt horologium suum ipsi datum ibi vendere curaret pro 50. thaleris; hic si nulla merces interuenerit, est mandatum, quod gratis et ex mera beneuolentia expeditur: si autem promissa fuerit, degenerat in contractum locationis conductionis, quia pro præstanda opera videtur data. Quodsi vero eiusmodi personis negotium fuerit commissum, quæ publice res vendendas in foro circumferre solent, contractus æstimatorius censetur initus. Effectus consistit in eo, si mandatarius, tanquam amicus meus nec talem publicam negotiationem exercere solitus, rem vendendam pluris præter mandantis opinionem vendiderit, nihilominus omne pretium restituere tenetur, vti etiam locator operarum pro accepta mercede. Ex aduerso autem, si propola plus accipiat, non vlterius obligatur; quam prout pretium fuit determinatum, nisi in specie conuentum, vt si vltra pretium constitutum acciperet, illud restitueret. Parem in modum quoque si expresse dans dixerit, er solle die Sachen feil bieten, wenn er aber einen Kaufmann darzu hätte, so solte er kommen, und es ihm erst ansagen, dieweil er alsdenn erst sich resoluiren wolte, ob er es noch verkauffen wolte, quis dubitaret, hic nudum mandatum vel locationis contractum celebratum esse. Idem dicendum esse arbitror, si ita placuerit inter partes, daß wenn er es nicht verkauffen könte, so wolte er es præcise wieder haben, und solte er es nicht behalten können, tunc contra pactum agere nequit, sed si emtorem inuenire non potest, absolute ad rem restituendam compelli potest ex mandato vel locato conducto. Posset enim dantis interesse, ne accipiens rem sibi retineret pro pretio præstituto et determinato, quod forsan timendum sit,

Esse celebratum mandatum, quam contractum æstimatorium.

ſit ne ipſe ita commode pretium ſoluat, vti alius, vel ſi quis malit rem potius Titio vendi, quam alii, quia itidem hoc caſu merum ſubeſt mandatum; cum danti non liberum ſit, illam rem ſibi retinere. Sic quoque et tunc ſubeſſe mandatum reor, ſi procuratori meo ordinario rem vendendam dedero, quia *ſub illa qualititate* cenſeor ei hoc commiſiſſe, vti alia mea adminiſtrat negotia. Item ſi non praeciſe certam adieci aeſtimationem, ſed tantum obiter dicens, Er ſolte ſehen, ob er etwa die Uhr vor 50. oder 60. Thaler ausbringen könte, weniger möchte ich wol nicht nehmen, nam et tunc venditio eſſe nequit, nequidem euentualis, quia adhuc non conſtat de certo et determinato pretio, quod tamen requiritur.

Ex qualitate perſonæ etiam cognoſcitur, vtrum contractus aeſtimatorius ſit initus.

§. XV. Sicuti ex qualitate perſonae, qua cum contrahitur, et modo, quomodo contrahitur, colligi poteſt, qua ratione mandatum initum ſit; ita quoque pariter ex *qualitate perſonæ* colligitur, quod non mandatum, ſed *contractus aeſtimatorius* initus ſit. Et hoc tunc puto in dubio praeſumendum eſſe, vbi quis cum eiusmodi femina contrahit, quae huic viuendi generi publice ſe addixerit, vt res vendendas *aeſtimato* pro certo pretio accipiat, quia ex perſonarum qualitate optime diiudicatur de negotii natura. Neque enim in eiusmodi perſonis mandatum intuemur, ſed ordinarie cum ipſis contrahitur, vt cum principalibus rerum dominis, experientia teſte.

Quid in dubio dicendum, an mandatum ſit celebratum, an vero contractus aeſtimatorius.

§. XVI. His igitur praeſuppoſitis, quaeſtio exſurgit, qualis contractus *in dubio* intelligatur, ſi alicui res aeſtimata pro certo pretio vendenda fuerit data; an magis dicatur *mandatum*, quod gratis ſuſcipitur, an vero *conductio certae operae*, an denique *contractus aeſtimatorius*? Profecto ſi ab omnibus hactenus in §§. antecedentibus adductis circumſtantiis plane abſtraham,

ſtraham, tale negotium ad *contractum æſtimatorium* tuto referri poſſe exiſtimo. Indubitatum enim (I) eſt, ipſos ICtos Romanos valde ſuper hoc negotio diſputaſſe, et in dubium vocaſſe, cuinam contractui talis actus ſimilis eſſe poſſit; alii putarunt, quod hoc caſu, cum alicui res æſtimata vendenda tradita, competat contra accipientem actio ex vendito propter æſtimationem huic negotio adiectam, cum in dubio omnis æſtimatio efficiat, vt res habeatur vendita; alii vero ex locato vel conducto, quaſi alterius opera rei vendendæ gratia eſſet conducta; alii denique quod ſit contractus mandati, quaſi tum vendendi alter habuiſſe videatur. Verum, perſpectis omnibus circumſtantiis, optime diiudicabant, hoc negotium ad neutrum exacte referri poſſe, atque adeo *dubitationis tollendæ et declinandæ vlterioris controuerſiæ gratia* actionem de æſtimato ſeu præſcriptis verbis dederunt, cum alioquin danda fuiſſet nominata actio, ſi nominato contractui hoc negotium conueniſſet. Hinc optime concludit ICtus *in l. 1. D. de æſtim.* melius viſum fuiſſe, actionem ſpecialem ex hoc negotio dare, pergens ita: *Quoties de nomine alicuius contractus ambigitur, conuenit tamen aliquam actionem dari propter æquitatem ſingularem, quæ concurrit, dandam æſtimatoriam præſcriptis verbis actionem.*

Ratio prima, quod ſit contractus æſtimatorius in dubio dicendus.

§. XVII. Vnde iudicari poteſt facillime, quid reſpondendum illis ſit, qui hoc negotium ad peculiarem contractum referre volunt, inter quos deprehendo TITIVM *in obſeruat. ad Lauterb. tit. de æſtimat.* qui arbitratur, hunc contractum duplici modo intelligi debere, vel *pro tali negotio, quo certo pretio æſtimata vendenda datur, vt vel pretium ſoluatur, vel, venditione non ſecuta, res ipſa reddatur;* vel etiam *pro tali, vbi non tantum præcedens tractatus intercedit, ſed et ipſi accipienti*

An contractus æſtimatorius ſit ſeparatum negotium.

euentualiter res venditur, siue ille vel ad rem reddendam, vel ad pretium soluendum obstringitur. Prior contrahendi modus, inquit, *periculum rei acceptae non transfert, bene vero posterior*, licet et hunc in dubium adhuc vocet, cum vt is, qui operas suas principaliter promittit, rei periculum sustineat, id extraordinarium, nec temere praesumendum sit.

Respondetur dubiis.

§. XVIII. Verum responderi potest ex ipsa veterum ICtorum intentione, vtpote qui ipsi animaduerterunt, huic negotio aliquid singulare inesse, et longe differre a reliquis negotiis. Idcirco, cum ipsis satis liquidum non videretur, an emtio, locatio, vel mandatum subesset, singularem *actionem* huic negotio dederunt, et ad actionem praescriptis verbis prouocarunt, ceu quae semper in dubio, si de contractus vel actionis certo nomine non constat et plane incertum sit, quale negotium inter partes fuerit conuentum, locum vindicat.

Habet peculiarem actionem et naturam.

§. XIX. Et hinc apparet, quod, si negotium hoc non esset distinctum ab aliis, peculiarem et plane separatam *actionem* non accepisset, nam secundum philosophos *diuersus effectus* semper testari debet de *diuersa causa*, et certe absurdum foret concedere, esse emtionem, et tamen inde non dare actionem emti venditi ordinariam. Et denique eodem iure, quo emtio venditio dicitur, dici etiam posset locatio vel mandatum, quia aeque ab illis negotiis aliquid participat, et tamen proinde non debet statim dari actio mandati vel locati: constat quoque ex iis, quae de origine huius negotii dicta sunt, plane esse *diuersum* negotium hunc contractum ab emtione venditione ordinaria, quamuis in quibusdam analogiam cum ea habeat: minus accurate itaque cum ea confunditur. Et fatetur ipse laudatus Auctor, inesse huic negotio et

euentualem emtionem, quo ipso fateri necessario debet, non esse ipsam venditionem. Et repugnat plane naturae emtionis venditionis haec *alternatiua obligatio*, quae in contractu aestimatorio occurrit, cum tamen secundum ordinarias regulas emtionis venditionis emtor praecise ad pretium soluendum obligetur: et sic si esset emtio venditio, posset cogi propola, vt pretium solueret et rem retineret, quod est contra naturam huius contractus.

§. XX. Deinde quoque (II) ordinarie in quauis ciuitate, vbi eiusmodi feminae vel aliae personae reperiuntur et approbantur: illisque res *aestimatae* pro certo pretio vendendae traduntur, simpliciter tales res earum fidei concredi solent, ex ea vnice intentione, vt illas pro pretio determinato vendant, et postmodum pretium danti soluant. Hinc, qui animum habet rem suam alienandi, tunc ex eo cognosci facillime potest, si rem alienandam talibus feminis pro certo pretio dederit; per consequens ergo non mandatum nudum hic concipi potest, sed contractus aestimatorius; nam eo ipso dum rem tradidit, magis respexit ad pretium, quam ad restitutionem rei vendendae, et insuper accipientem primario voluit esse obligatum ad solutionem pretii, secundario autem et ex accidenti ad redditionem rei, si non vendi possit. Verum vti in dubio semper id praeualet, quod vt plurimum accidit, et omnis interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui debuisset *l. 39. D. de pact.* ita etiam cum ordinaria huius negotii natura cum talibus feminis inita sic comparata sit, vt si ipsis *res aestimata* vendenda data, potius intelligatur contractus aestimatorius, quam aliud negotium; ea propter sibi imputare debet eiusmodi dans, quare in concedenda re alteri vendenda clarius non fuerit locutus.

Nouum Argumentum, quod in dubio non possit mandatum praesumi hoc casu.

Tertium argumentum.

§. XXI. Accedit (III) et hoc, quod paciscentes cautiores omnia exprimere debeant, quo cuilibet constare possit, quale pactum inter ipsos fuerit celebratum. Nam si est mandatum, tenetur eiusmodi femina producere *mandatum*, cum nemini alterius negotia gerenti absque mandato credatur, quo exinde videri possit tenor mandati; alias enim quam facillime illi, qui cum talibus feminis contraherent, decipi possent, quod tamen fieri non debet, inprimis cum tales feminae publicam soleant habere fidem, nec quisquam opus habeat explorare sollicite, vnde eiusmodi res acceperint, sed sufficiat, modo ipsis vendendae fuerint datae. Quod si autem mandatum esset, auctorem denominare tenerentur, cum in mandato magis respectus ad *mandantem* quam mandatarium habeatur; insimul si merum mandatum interueniret inter dantem et accipientem, et hic fines mandati excederet, tertius nunquam securus esset, sed dominus illam rem semper reuocare posset, et tertius sibi imputare deberet, quod non cautius mercatus fuisset.

Quartum argumentum.

§. XXII. Porro (IV) si tale negotium in dubio indistincte prae se ferret naturam mandati, accipiens non teneretur de periculo, cum ad illum ordinarie spectare debeat rei periculum, qui alicuius rei dominus est, mandatarius vero illius rei, quae ipsi demandata, nunquam sit dominus, sed tantum procurator rei alienae est, (vnde quoque differt a procuratore in rem suam) STRYK *de Caut. Contr. S. 2. c. 11. §. 22.* At vero si praesens negotium, vti hactenus a nobis descriptum est, considero, periculum accipientis esse apparet, dum aestimatio idcirco interuenit, vt pretium soluat et rem quasi emtam habeat per *l. 2. D. de aestimat.* In genere enim iuris est, vt in alternatiua ob-

obligatione res pereat ei, qui illam praestare debet, etiamsi res alternatiue vendita fuerit, *l. 34. §. 6. de contr. emt. vend.* conf. HERTIVS *de elect. ex oblig. alternat. debitori debita sect. 3. §. 4.* quod ita multo magis in praesenti negotio iuris esse debet, vbi itidem electio est debitoris. Id *c. 1. Sect. 1. §. 4.* Hinc etiam (V) communiter hoc negotium solet separari ab aliis negotiis, conf. HVBER. *ad tit. cit. §. 2.* STRVV. *Exerc. 25. th. 4.* et quotidie videmus eiusmodi feminas tales res publice vendere solitas peculiari nomine insigniri, et negotium hoc vulgo haussiren, auf dem Trödel sitzen, dici.

§. XXIII. Porro (VI) si negotium hoc ad mandatum in dubio esset referendum, aestimatio tantum adiecta esset *taxationis gratia.* At vero hoc rursus est contra naturam huius negotii, prout communiter iniri solet, vt et contra alternatiuam obligationem, vt modo dictum. Nam ita pariter tradens omni tempore rem commissam repetere posset, quamdiu nondum est vendita, cum mandatum semper revocari potest, re adhuc integra; et sic poenitentiae locus esset, quod vero negat STRYK *in tract. de action. inuest. S. 1. m. 7. §. 8.* cum danti non amplius liberum sit, alteri electionem semel ex obligatione quaesitam interuertere, et rem praecise repetere, cum alioquin *plus petitionis exceptione* merito remoueretur secundum §. 33. *I. de action.* Hinc quoque hoc in negotio alternatiue esse libellum concipiendum, optime monet GODOFREDVS *in not. ad l. 1. D. de aestimat.* conf. CARPZ. *lib. 1. Resp. 106. n. 1.* Formulam exhibet SCHWENDENDORF *in tract. de act. exposit. special. c. 3. m. 33.* *Nouum argumentum.*

§. XXIV. Haec fusius eum in in finem fuerunt deducenda, quia, hisce non recte iactis fundamentis de primaria quae- *De quaestione, vtrum transferatur domi-*

nium in hoc contractu. quaestione, in qua neruus totius disputationis versatur, recte iudicium fieri nequit: enim simplex subesset mandatum, Domitiana foret quaestio, scrutari, vtrum transferretur dominium. Sed cum iam fusius deduxi, contractum aestimatorium longe differre a mandato, nec non locatione conductione, illumue neque ad priorem neque ad posteriorem contractum commode referri posse, iam deuenio ad primariam quaestionem huius disputationis: *an nimirum in contractu aestimatorio, distincto videlicet ab aliis hactenus enarratis negotiis, etsi non constet, quod inter partes in specie aliud fuerit actum, transferatur dominium in accipientem, ita, vt quodammodo de ea re accepta disponere possit.* Plures negatiuam tuentur, inter quos refero SCHWENDENDORF. *in disput. cit.* SCHILTERVM *ex 32. §. 5.* et TITIVM *in dict. obseruat. ad Lauterb. 627.* quorum hypotheses lubet paucis in medium proferre atque examinare.

Prima ratio dubitandi. §. XXV. Primum a dissentientibus asseritur, quod omnis actus sit aestimandus ex intentione agentium. Iam vero in proposito negotio *intentio dantis* esse non videtur, quod *dominium* transferre velit in accipientem nondum soluto pretio, sed potius vt accipiens rem vendat, et acceptum pretium soluat: quatenus autem nondum est res vendita, nondum potest dici in alterum translata, sed adhuc manere in pristino statu, vti fuit ante contractum. Accedit, quod *animus transferendi dominii* in dubio non praesumatur, nisi doceatur.

Secunda ratio dubitandi. §. XXVI. Deinde (II) quamuis ab initio intendatur emtio venditio a paciscentibus, dum datur res, pro determinato pretio vendenda, et ita animus et voluntas alienandi *euentualiter* adsit: attamen cum a neutra parte nondum in effe-

ctum deducta sit plenum, nec dans se declarauerit, an in accipientem dominium rei vendendæ transferre, nec accipiens, an pro determinato pretio rem acceptam retinere velit; alienatio tamdiu manet in *suspenso*, donec accipiens se declarat se pro æstimato pretio rem velle retinere et dans consenserit Nam sicut *pendente conditione* omnes effectus in suspenso sunt, donec conditio extiterit; ita pariter quod euentualiter fit, instar conditionis habetur, donec aliud appareat. *Regulariter*, inquit SCHILTER, *Ex 32. §. 5. nondum translatum est dominium, quia recipiens non sibi emit, et facultatem rem reddendi habet.*

§. XXVII. Accedit (III) quod accipiens *periculum rei æstimato* ita datæ non omnimodo sustinere teneatur, sed secundum VLPIANVM *in l. 17. §. 1. de P. V.* variæ circumstantiæ inter se distinguendæ sint; Nam ita LABEO, *siquidem ego Te venditor rogaui, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, vt dolum et culpam mihi præstes.* Ex hoc textu dilucide liquet, in hoc negotio ad accipientem non indistincte redundare rei periculum, sed vnice sæpe tantum teneri ad *dolum* et *culpam.* Quodsi igitur *dominium* in ipsum esset translatum, quæstio esset Domitiana, an teneretur de *rei periculo*, cum ad dominum et deteriorationis et amissionis et interitus rei periculum pertineat, sicut ad ipsum pertinet rei commodum *per §. 3. I. de emt. vend. l. 12. C. locat. l. 11. C. si cert. pet.* BRVNEM. *ad l. 9. C. de pignor. act. n. 1.* MEVIVS *p. 1. D. 196. n. 5. et 6.* IO. SAM. STRYK *de immun. Domin. a periculo in præfat. Disp.*

Ratio dubitandi tertia.

§. XXVIII.

Quarta ratio dubitandi.

§. XXVIII. Ad hæc (IV.) in hoc negotio non concurrit ipsa *emtio venditio*; alias enim non opus esset, vt res prius vendenda traderetur, sed sufficeret, si modo dans traderet rem et accipiens solueret pretium; ast cum in præsenti negotio tale non obseruetur, falsa videtur esse hypothesis, quod transferatur dominium, et incongruum esse videtur, quod communiter argumentum a veræ emtionis effectu ducatur ad hanc euentualem, cum talis adhuc subesse hic videatur differentia, vti inter actum perfectum et imperfectum, vid. Ill. Dn. COCCEIVS *de iure circa actus imperfectos*.

Quinta ratio dubitandi.

§. XXIX. Porro (V) iuxta communem traditionem Doctorum liberum est tradenti, rem vendendam ante factam venditionem iterum *repetere* et impedire, quo minus accipiens citra eius voluntatem rem vendat, cum accipientis interesse non videatur, vtrum res vendenda ipsi data vendatur, an vero domino restituatur, exceptione itaque, *tua non interest*, repelli posset accipiens, si denegaret restitutionem: insuper quoque si forte res iam iam vendita, et accipiens vltra pretium determinatum acceperit, etiam id, quod *pretium* conuentum *excedit*, tradenti præstare et restituere accipientem teneri volunt, cum nullum lucrum alicuius rei ad illum spectare possit, cuius non est dominus, hic vero non adsit dominium, ideoque abesse debeat lucrum.

Sexta ratio dubitandi.

§. XXX. Porro (VI) hoc negotium magis imitatur *naturam* tam *mandati* quam *locationis conductionis*, sicut autem in his contractibus nullum dominium transfertur, ita et in hoc negotio, cum vel instar mandati, vel locationis sit, neque lucrum neque vllum dominium ad accipientem pertinere videtur.

§. XXXI.

§. XXXI. Praeterea (VII) licet vel maxime supponamus, dominium hic transferri posse ob emtionem venditionem, quae subesse intelligitur, tamen etiam sic videtur translatio dominii impediri, quod non sit *habita fides de pretio.* Iam vero sicuti nequidem in vera emtione venditione transfertur dominium, vbi non habita fides est de pretio. *§. 41. I. de Rer. Diuis.* ita multo minus in hoc contractu aestimatorio, vbi tantum adest euentualis emtio venditio: praesertim cum regulariter fides de pretio habita non praesumatur, sed in facto consistat, et doceri debeat. vid. STRYK *de fide habita tot. c. 4.*

Septima ratio dubitandi.

§. XXXII. Denique ex iure deduci non posse volunt, contractum aestimatorium referri inter titulos transferendi dominium, licet nonnulli hoc eruere conentur *ex l. 1. pr. de aestim.* vbi vox *dandi* occurrit, ex qua tamen inane argumentum videtur desumi posse, cum etiam in iure sub datione illud aliquando deprehendatur, de cuius transferendo dominio non agitur BARNAB. BRISSONIVS *de V. S.* voce *dare.*

Vltimum argumentum, quod magis praesumatur aestimatorius contractus quam mandatum.

§. XXXIII. Atque haec sunt fulcra dissentientium. Cum vero non eiusmodi roboris sint, vt me in partes suas trahere possint, hinc veriorem existimo contrariam sententiam, dominium scilicet hic in accipientem transferri. Fundamenta potiora sunt sequentia: (I) Primum deduco ex *alternatiua obligatione*, quae in hoc contractu est penes accipientem, vi cuius aut rem in eadem bonitate, aut pretium restituere tenetur; HERTIVS *de elect. ex oblig. altern. debit debita S. 1. §. 4.* Iam vero huius obligationis natura est, vt a debitore vel res vel pretium nunquam simpliciter, sed alternatiue exigi possit, cum alias electio

Contraria sententia defenditur, scil. transferri dominium.

(I.) ex alternatiua obligatione.

ctio debitori, quidnam præstare velit, non maneret salua. Argumentor itaque (1) *quamcunque rem non possum præcise vindicare repetendo, ibi non mansit dominium penes dantem, sed in accipientem transit. Atqui in contractu æstimatorio dans non potest præcise repetere. Ergo.* Maior firmissimis nititur rationibus, cum ille, qui rei alicuius dominus adhuc est, non agat alternatiue, sed præcise restitutionem rei vrgere possit, siquidem inuito domino aliud pro alio solui nequit, in hoc contractu vero dans facultatem non habet, sed necessario tenetur actionem formare *alternatiue*, ceu supra deductum est, per consequens penes ipsum dominium non mansit, sed transiit in accipientem. Ex eodem fundamento nunc vlterius (2) infero: *quicunque est debitor rerum alternatiuus, ille etiam sine dubio vtriusque rei dominium habere debet: Atqui in hoc contractu. &c. Ergo.* Maior iterum exinde patet, quod debitor alternatiuus habeat electionem, an velit rem, an vero pretium soluere, quod tamen facere non posset, si non esset ad minimum rei ipsius dominus, partim enim est debitor generis, partim debitor speciei. Quoad speciem autem nemo alternatiuus esse debitor potest, nisi eius dominium habeat. Vlterius (3) infero: *aut dominium rei acceptæ transiit in accipientem, aut mansit penes dantem:* si prius; non vlteriori quæstione opus est, sed sic habeo, quod volo: sin vero posterius; esset simplex mandatum vel locatio conductio, et sic frustra specialis actio hic inuenta esset, quod supra refutatum.

(II.) ex æstimatione venditionis gratia adiecta.

§. XXXIV. Deinde (II.) ex supra iactis fundamentis apparet, æstimationem in hoc negotio adiectam semper factam intelligi *venditionis gratia*, siquidem dans determinando pretium non vlterius animum habet rem venditam sibi habendi, sed

ſed potius accipiendi pretium. Quæ cum ita ſint, ſequitur, vt etiam dominium translatum ſit, cum omnis æſtimatio hoc caſu facta faciat venditionem, venditio vero dominii translationem operetur. Inſuper in hoc negotio fere omnia concurrunt emtionis venditionis requiſita, quatenus dominii translationem operantur, nam vti emtionis venditionis ſubſtantialia vnice conſiſtunt in conſenſu, merce et pretio; ita pariter in hoc negotio deprehendimus *conſenſum* vtriusque, tam dantis, quam accipientis, *mercem*, quæ vendi debet, et *pretium* determinatum, quamuis in eo adhuc adſit diuerſitas, quod accipiens hic non teneatur præciſe ad ſoluendum pretium. Ex quo tamen potius adhuc ſtabilitur translatio dominii, quam infirmatur, vt §. *antec.* oſtenſum.

§. XXXV. Accedit (III.) prout iam in ſuperioribus notatum, ſi huius negotii natura non eſſet ita comparata, vt transferret dominium, quis, quæſo cum eiusmodi feminis contraheret, inprimis ſi ſecure contrahere vellet, cum ſemper dubium eſſet, an haberet mandatum, rem pro tanto pretio vendendi, immo facilius dans reuocare rem poſſet, ſub hoc prætextu, quaſi fines mandati mandatarius non obſeruaſſet. Aſt quoniam ſecundum mores *magis contrahitur cum ipſis feminis, et potius harum perſonam et fidem ſequimur*, cum ſcire non poſſimus, quis ei rem vendendam dederit, eiusmodi feminæ quoque autorem non indicent, merito etiam dominium translatum, ſaltem hunc in finem, vt licite et ſecure cum hiſce feminis ac cum rerum dominis contrahi poſſit. Ceterum ſibi imputent illi, qui eiusmodi feminis res vendendas committunt, quare harum

(III.) ex origine huius negotii.

euentualiter res venditur, siue ille vel ad rem reddendam, vel ad pretium soluendum obstringitur. Prior contrahendi modus, inquit, *periculum rei acceptae non transfert, bene vero posterior*, licet et hunc in dubium adhuc vocet, cum vt is, qui operas suas principaliter promittit, rei periculum sustineat, id extraordinarium, nec temere praesumendum sit.

Respondetur dubiis.

§. XVIII. Verum responderi potest ex ipsa veterum ICtorum intentione, vtpote qui ipsi animaduerterunt, huic negotio aliquid singulare inesse, et longe differre a reliquis negotiis. Idcirco, cum ipsis satis liquidum non videretur, an emtio, locatio, vel mandatum subesset, singularem *actionem* huic negotio dederunt, et ad actionem praescriptis verbis prouocarunt, ceu quae semper in dubio, si de contractus vel actionis certo nomine non constat et plane incertum sit, quale negotium inter partes fuerit conuentum, locum vindicat.

Habet peculiarem actionem et naturam.

§. XIX. Et hinc apparet, quod, si negotium hoc non esset distinctum ab aliis, peculiarem et plane separatam *actionem* non accepisset, nam secundum philosophos *diuersus effectus* semper testari debet de *diuersa causa*, et certe absurdum foret concedere, esse emtionem, et tamen inde non dare actionem emti venditi ordinariam. Et denique eodem iure, quo emtio venditio dicitur, dici etiam posset locatio vel mandatum, quia aeque ab illis negotiis aliquid participat, et tamen proinde non debet statim dari actio mandati vel locati: constat quoque ex iis, quae de origine huius negotii dicta sunt, plane esse *diuersum* negotium hunc contractum ab emtione venditione ordinaria, quamuis in quibusdam analogiam cum ea habeat: minus accurate itaque cum ea confunditur. Et fatetur ipse laudatus Auctor, inesse huic negotio

euentualem emtionem, quo ipso fateri necessario debet, non esse ipsam venditionem. Et repugnat plane naturæ emtionis venditionis hæc *alternatiua obligatio*, quæ in contractu æstimatorio occurrit, cum tamen secundum ordinarias regulas emtionis venditionis emtor præcise ad pretium soluendum obligetur: et sic si esset emtio venditio, posset cogi propola, vt pretium solueret et rem retineret, quod est contra naturam huius contractus.

§. XX. Deinde quoque (II) ordinarie in quauis ciuitate, vbi eiusmodi feminæ vel aliæ personæ reperiuntur et approbantur: illisque res *æstimatæ* pro certo pretio vendendæ traduntur, simpliciter tales res earum fidei concredi solent, ex ea vnice intentione, vt illas pro pretio determinato vendant, et postmodum pretium danti soluant. Hinc, qui animum habet rem suam alienandi, tunc ex eo cognosci facillime potest, si rem alienandam talibus feminis pro certo pretio dederit; per consequens ergo non mandatum nudum hic concipi potest, sed contractus æstimatorius; nam eo ipso dum rem tradidit, magis respexit ad pretium, quam ad restitutionem rei vendendæ, et insuper accipientem primario voluit esse obligatum ad solutionem pretii, secundario autem et ex accidenti ad redditionem rei, si non vendi possit. Verum vti in dubio semper id præualet, quod vt plurimum accidit, et omnis interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui debuisset *l. 39. D. de pact.* ita etiam cum ordinaria huius negotii natura cum talibus feminis inita sic comparata sit, vt si ipsis *res æstimata* vendenda data, potius intelligatur contractus æstimatorius, quam aliud negotium, ea propter sibi imputare debet eiusmodi dans, quare in concedenda re alteri vendenda clarius non fuerit locutus.

Nouum Argumentum, quod in dubio non possit mandatum præsumi hoc casu.

Tertium argumentum. §. XXI. Accedit (III) et hoc, quod paciscentes cautiores omnia exprimere debeant, quo cuilibet constare possit, quale pactum inter ipsos fuerit celebratum. Nam si est mandatum, tenetur eiusmodi femina producere *mandatum*, cum nemini alterius negotia gerenti absque mandato credatur, quo exinde videri possit tenor mandati; alias enim quam facillime illi, qui cum talibus feminis contraherent, decipi possent, quod tamen fieri non debet, inprimis cum tales feminae publicam soleant habere fidem, nec quisquam opus habeat explorare sollicite, vnde eiusmodi res acceperint, sed sufficiat, modo ipsis vendendae fuerint datae. Quod si autem mandatum esset, auctorem denominare tenerentur, cum in mandato magis respectus ad *mandantem* quam mandatarium habeatur; insimul si merum mandatum interueniret inter dantem et accipientem, et hic fines mandati excederet, tertius nunquam securus esset, sed dominus illam rem semper reuocare posset, et tertius sibi imputare deberet, quod non cautius mercatus fuisset.

Quartum argumentum. §. XXII. Porro (IV) si tale negotium in dubio indistincte prae se ferret naturam mandati, accipiens non teneretur de periculo, cum ad illum ordinarie spectare debeat rei periculum, qui alicuius rei dominus est, mandatarius vero illius rei, quae ipsi demandata, nunquam fit dominus, sed tantum procurator rei alienae est, (vnde quoque differt a procuratore in rem suam) STRYK *de Caut. Contr. S. 2. c. 11. §. 22.* At vero si praesens negotium, vti hactenus a nobis descriptum est, considero, periculum accipientis esse apparet, dum aestimatio idcirco intervenit, vt pretium soluat et rem quasi emtam habeat per *l. 2. D. de aestimat.* In genere enim iuris est, vt in alternatiua ob-

obligatione res pereat ei, qui illam praestare debet, etiamsi res alternatiue vendita fuerit, *l. 34. §. 6. de contr. emt. vend.* conf. HERTIVS *de elect. ex oblig. alternat. debitori debita sect. 3. §. 4.* quod ita multo magis in praesenti negotio iuris esse debet, vbi itidem electio est debitoris. Id *c. 1. Sect. 1. §. 4.* Hinc etiam (V) communiter hoc negotium solet separari ab aliis negotiis, conf. HVBER. *ad tit. cit. §. 2.* STRVV. *Exerc. 25. th. 4.* et quotidie videmus eiusmodi feminas tales res publice vendere solitas peculiari nomine insigniri, et negotium hoc vulgo hausiten, auf dem Trödel sitzen, dici.

§. XXIII. Porro (VI) si negotium hoc ad mandatum in dubio esset referendum, aestimatio tantum adiecta esset *taxationis gratia.* At vero hoc rursus est contra naturam huius negotii, prout communiter iniri solet, vt et contra alternatiuam obligationem, vt modo dictum. Nam ita pariter tradens omni tempore rem commissam repetere posset, quamdiu nondum est vendita, cum mandatum semper revocari potest, re adhuc integra; et sic poenitentiae locus esset, quod vero negat STRYK *in tract. de action. inuest. S. 1. m. 7. §. 8.* cum danti non amplius liberum sit, alteri electionem semel ex obligatione quaesitam interuertere, et rem praecise repetere, cum alioquin *plus petitionis exceptione* merito remoueretur secundum §. 33. *I. de action.* Hinc quoque hoc in negotio alternatiue esse libellum concipiendum, optime monet GODOFREDVS *in not. ad l. 1. D. de aestimat.* conf. CARPZ. *lib. 1. Resp. 106. n. 1.* Formulam exhibet SCHWENDENDORF *in tract. de act. exposit. special. c. 3. m. 33.* *Nouum argumentum.*

§. XXIV. Haec fusius eum in in finem fuerunt deducenda, quia, hisce non recte iactis fundamentis de primaria quae- *De quaestione, vtrum transferatur domi-*

nium in hoc contractu. quaestione, in qua neruus totius disputationis versatur, recte iudicium fieri nequit: enim simplex subesset mandatum, Domitiana foret quaestio, scrutari, vtrum transferretur dominium. Sed cum iam fusius deduxi, contractum aestimatorium longe differre a mandato, nec non locatione conductione, illumue neque ad priorem neque ad posteriorem contractum commode referri posse, iam deuenio ad primariam quaestionem huius disputationis: *an nimirum in contractu aestimatorio, distincto videlicet ab aliis hactenus enarratis negotiis, etsi non constet, quod inter partes in specie aliud fuerit actum, transferatur dominium in accipientem, ita, vt quodammodo de ea re accepta disponere possit.* Plures negatiuam tuentur, inter quos refero SCHWENDENDORF. *in disput. cit.* SCHILTERVM *ex 32. §. 5.* et TITIVM *in dict. obseruat. ad Lauterb. 627.* quorum hypotheses lubet paucis in medium proferre atque examinare.

Prima ratio dubitandi. §. XXV. Primum a dissentientibus asseritur, quod omnis actus sit aestimandus ex intentione agentium. Iam vero in proposito negotio *intentio dantis* esse non videtur, quod *dominium* transferre velit in accipientem nondum soluto pretio, sed potius vt accipiens rem vendat, et acceptum pretium soluat: quatenus autem nondum est res vendita, nondum potest dici in alterum translata, sed adhuc manere in pristino statu, vti fuit ante contractum. Accedit, quod *animus transferendi dominii* in dubio non praesumatur, nisi doceatur.

Secunda ratio dubitandi. §. XXVI. Deinde (II) quamuis ab initio intendatur emtio venditio a paciscentibus, dum datur res, pro determinato pretio vendenda, et ita animus et voluntas alienandi *euentualiter* adsit: attamen cum a neutra parte nondum in esse-

ctum deducta sit plenum, nec dans se declarauerit, an in accipientem dominium rei vendendæ transferre, nec accipiens, an pro determinato pretio rem acceptam retinere velit; alienatio tamdiu manet in *suspenso*, donec accipiens se declarat, se pro æstimato pretio rem velle retinere et dans consenserit. Nam sicut *pendente conditione* omnes effectus in suspenso sunt, donec conditio extiterit, ita pariter quod euentualiter fit, instar conditionis habetur, donec aliud appareat. *Regulariter*, inquit SCHILTER, *Ex 32. §. 5. nondum translatum est dominium, quia recipiens non sibi emit, et facultatem rem reddendi habet.*

§. XXVII. Accedit (III) quod accipiens *periculum rei æstimato* ita datæ non omnimodo sustinere teneatur, sed secundum VLPIANVM *in l. 17. §. 1. de P. V.* variæ circumstantiæ inter se distinguendæ sint; Nam ita LABEO, *siquidem ego Te venditor rogaui, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi præstes.* Ex hoc textu dilucide liquet, in hoc negotio ad accipientem non indistincte redundare rei periculum, sed vnice sæpe tantum teneri ad *dolum* et *culpam*. Quodsi igitur *dominium* in ipsum esset translatum, quæstio esset Domitiana, an teneretur de *rei periculo*, cum ad dominum et deteriorationis et amissionis et interitus rei periculum pertineat, sicut ad ipsum pertinet rei commodum *per §. 3. I. de emt. vend. l. 12. C. locat. l. 11. C. si cert. pet.* BRVNEM. *ad l. 9. C. de pignor. act. n. 1.* MEVIVS *p. 1. D. 196. n. 5. et 6.* IO. SAM. STRYK *de immun. Domin. a periculo in præfat. Disp.* Ratio dubitandi tertia.

§. XXVIII.

Quarta ratio dubitandi. §. XXVIII. Ad hæc (IV.) in hoc negotio non concurrit ipsa *emtio venditio*, alias enim non opus esset, vt res prius vendenda traderetur, sed sufficeret, si modo dans traderet rem et accipiens solueret pretium; ast cum in præsenti negotio tale non obseruetur, falsa videtur esse hypothesis, quod transferatur dominium, et incongruum esse videtur, quod communiter argumentum a veræ emtionis effectu ducatur ad hanc euentualem, cum talis adhuc subesse hic videatur differentia, vti inter actum perfectum et imperfectum, vid. Ill. Dn. COCCEIVS *de iure circa actus imperfectos.*

Quinta ratio dubitandi. §. XXIX. Porro (V) iuxta communem traditionem Doctorum liberum est tradenti, rem vendendam ante factam venditionem iterum *repetere* et impedire, quo minus accipiens citra eius voluntatem rem vendat, cum accipientis interesse non videatur, vtrum res vendenda ipsi data vendatur, an vero domino restituatur, exceptione itaque, *tua non interest*, repelli posset accipiens, si denegaret restitutionem: insuper quoque si forte res iam iam vendita, et accipiens vltra pretium determinatum acceperit, etiam id, quod *pretium* conuentum *excedit*, tradenti præstare et restituere accipientem teneri volunt, cum nullum lucrum alicuius rei ad illum spectare possit, cuius non est dominus, hic vero non adsit dominium, ideoque abesse debeat lucrum.

Sexta ratio dubitandi. §. XXX. Porro (VI) hoc negotium magis imitatur *naturam* tam *mandati* quam *locationis conductionis*, sicut autem in his contractibus nullum dominium transfertur, ita et in hoc negotio, cum vel instar mandati, vel locationis sit, neque lucrum neque vllum dominium ad accipientem pertinere videtur.

§. XXXI.

§. XXXI. Praeterea (VII) licet vel maxime supponamus, dominium hic transferri posse ob emtionem venditionem, quae subesse intelligitur, tamen etiam sic videtur translatio dominii impediri, quod non sit *habita fides de pretio.* Iam vero sicuti nequidem in vera emtione venditione transfertur dominium, vbi non habita fides est de pretio. *§. 41. I. de Rer. Diuis.* ita multo minus in hoc contractu aestimatorio, vbi tantum adest euentualis emtio venditio: praesertim cum regulariter fides de pretio habita non praesumatur, sed in facto consistat, et doceri debeat. vid. STRYK *de fide habita tot. c. 4.*

Settima ratio dubitandi.

§. XXXII. Denique ex iure deduci non posse volunt, contractum aestimatorium referri inter titulos transferendi dominium, licet nonnulli hoc eruere conentur *ex l. 1. pr. de aestim.* vbi vox *dandi* occurrit, ex qua tamen inane argumentum videtur desumi posse, cum etiam in iure sub datione illud aliquando deprehendatur, de cuius transferendo dominio non agitur BARNAB. BRISSONIVS *de V. S.* voce *dare.*

Vltimum argumentum, quod magis praesumatur aestimatorius contractus quam mandatum.

§. XXXIII. Atque haec sunt fulcra dissentientium. Cum vero non eiusmodi roboris sint, vt me in partes suas trahere possint, hinc veriorem existimo contrariam sententiam, dominium scilicet hic in accipientem transferri. Fundamenta potiora sunt sequentia: (I) Primum deduco ex *alternatiua obligatione*, quae in hoc contractu est penes accipientem, vi cuius aut rem in eadem bonitate, aut pretium restituere tenetur; HERTIVS *de elect. ex oblig. altern. debit debita S. 1. §. 4.* Iam vero huius obligationis natura est, vt a debitore vel res vel pretium nunquam simpliciter, sed alternatiue exigi possit, cum alias electio

Contraria sententia defenditur. scil. transferri dominium.

(1.) ex alternatiua obligatione.

ſed potius accipiendi pretium. Quæ cum ita ſint, ſequitur, vt etiam dominium translatum ſit, cum omnis æſtimatio hoc caſu facta faciat venditionem, venditio vero dominii translationem operetur. Inſuper in hoc negotio fere omnia concurrunt emtionis venditionis requiſita, quatenus dominii translationem operantur, nam vti emtionis venditionis ſubſtantialia vnice conſiſtunt in conſenſu, merce et pretio; ita pariter in hoc negotio deprehendimus *conſenſum* vtriusque, tam dantis, quam accipientis, *mercem*, quæ vendi debet, et *pretium* determinatum, quamuis in eo adhuc adſit diuerſitas, quod accipiens hic non teneatur præciſe ad ſoluendum pretium. Ex quo tamen potius adhuc ſtabilitur translatio dominii, quam infirmatur, vt §. *antec.* oſtenſum.

§. XXXV. Accedit (III.) prout iam in ſuperioribus notatum, ſi huius negotii natura non eſſet ita comparata, vt transferret dominium, quis, quæſo cum eiusmodi feminis contraheret, inprimis ſi ſecure contrahere vellet, cum ſemper dubium eſſet, an haberet mandatum, rem pro tanto pretio vendendi, immo facilius dans reuocare rem poſſet, ſub hoc prætextu, quaſi fines mandati mandatarius non obſeruaſſet. Aſt quoniam ſecundum mores *magis contrahitur cum ipſis feminis, et potius harum perſonam et fidem ſequimur*, cum ſcire non poſſimus, quis ei rem vendendam dederit, eiusmodi feminæ quoque autorem non indicent, merito etiam dominium translatum, ſaltem hunc in finem, vt licite et ſecure cum hiſce feminis ac cum rerum dominis contrahi poſſit. Ceterum ſibi imputent illi, qui eiusmodi feminis res vendendas committunt, quare harum *(III.) ex origine huius negotii.*

adeoque formulam mandati, tanquam negotii certi et determinati, hic non potuisse applicari, quamuis alias mandatum subesse videatur. Quodsi enim rem non ita consideremus, VLPIANVS sibi ipsi contradiceret in *l. 1. de æstimat. et l. 17. §. 1. P. V.*

§. XXXVII. Accedit (V) quod accipiens exercere possit effectus dominii, et rem acceptam vel in proprios vsus conuertere, vel etiam aliis donare, quos effectus alter impedire non potest. Si dominium penes ipsum mansisset, haberet facultatem prohibendi: cum vero prohibitio deficiat, dans non potest amplius esse dominus. Quodsi enim rem repetere vellet simpliciter, ipsi obstaret exceptio plus petitionis *ex §. 33. I. de action.* cum accipiens habeat ius quæsitum, vt possit eligere vtrumne magis pretium soluere velit, quo absolute alter contentus esse debet, si ad pretium soluendum se offerat.

(V.) ab effectibus dominii.

§. XXXVIII. Ceterum (VI) nobis nec hic contradicunt, qui *euentualem emtionem* supponunt, modo sano sensu explicetur. Nam hæc non confundenda est cum *conditionata*, quæ plane nullum supponit contractum, sed suspendit, donec conditio existat, cum conditio nihil ponat in esse. Euentualis autem emtio est quodammodo veræ venditionis species, etiamsi sub certo euentu effectum est postfacto habere non possit. Sic v. c. si emtio venditio esset celebrata sub pacto addictionis in diem, vt si inter quatuor septimanas aliquis meliorem afferret conditionem, alter rem acceptam restituere deberet, subest reuera euentualis emtio, quoad omnes effectus, id quod ex iure satis notum est. Quis vero dubitaret, hic transferri dominium? Ita quoque in præsenti negotio euen-

(VI.) ex euentuali emtione.

Respondetur strictim rationibus dubitandi.

§. XL. Quoad dubitandi rationes excutiendas breuior esse cogor. Circa primam in §. XXIV. nego, quod hic non adsit *intentio dominii transferendi*, quæ ex eo ipso per necessariam consequentiam adest, quatenus alternatiue obligat, qui rem ita æstimatam dedit. In secunda confunditur euentualis emtio cum conditionata; quæ confusio iam ante in §. XXXVIII. remota: et quamuis, quod SCHILTER obiicit, non sibi emat, est tamen in effectu, ac si sibi emisset, cum alter rem non possit repetere. Si itaque nec dans nec accipiens est dominus, quis demum erit? Tertia iam remota est §. XXXVI. Quarta est satis inadæquata: nec enim sequitur, non est vera emtio venditio, ergo non transfertur dominium. Quinta petit id, quod est in principio, et aliquoties iam est reiecta, conf. STRYK in not. ad LAVTERB. *ad tit. de æstimat. verb. a mandato.* Idem dicendum ad sextam, vbi liquido confunditur mandatum de vendendo cum hoc contractu.

An competat actio contra tertium b. f. possessorem, cui propola rem acceptam oppignorauit.

§. XLI. Quæ cum ita sint, facile de conclusionibus iudicium ferri potest. Sic sæpe quæri videas, vtrum is, qui dedit eiusmodi feminis res vendendas sub certa æstimatione, possit agere contra *tertium bonæ fidei possessorem*, si femina illas non vendiderit, sed pignori forsan dederit, et ipsa femina post non soluendo exstiterit? Hoc quidem certum est, si femina tales res ipsas adhuc possideret, posse contra eam agi, vt *restituat*, quia qui *alternatiue* obligatur, si alterum præstare non possit, ad alterum præstandum simpliciter tenetur. Sed cum res iam penes tertium possessorem, et ipsa femina saltem actione personali, præscriptis verbis, potuisset conueniri ad præstandum alterutrum, quæ contra tertium possessorem institui nequit, insuper vero rei vindicatio hic cesset ex causa defi-

deficiente, ceu pluribus hactenus ostensum, hinc actioni non esse locum contra tertium possessorem putarem.

§. XLII. Et secundum hanc sententiam Illustris huius Academiae Facultas Iuridica Anno 1701. Mens. Aug. pronunciauit. Verba Responsi sunt sequentia.

Responsum. Hat dessen Eheliebste N. N. mit einer geschwornen und in Eid und Pflicht genommenen Käuflin und Hausirerin, K. K. genannt, unterschiedl. gehandelt, auch ihr auf verschiedene Pfände etliche 100. Fl. gegen Verzinsung mit 6. pro cent hergeliehen, und derselben als einer geschwornen Käuflin und Hausirerin, die mit Versetzung der Pfände und Verkaufunge allerhand pretiosorum ihre Nahrunge getrieben, völlig gegläubet, Sie aber die obgedachte K. wider allen Eid und Pflicht die ihr zum Verkauf gegebene Stücke bey dessen Liebste versetzet, daß darauf empfangene Geld mit ihrer Tochter üppiger Weise durchgebracht, worauf dieselbe zwar zur verdienten Strafe in das Zuchthauß gebracht, die Leute aber, so ihr, der Hausirerin, solche pretiosa zu verkaufen gegeben, anjetzo wider N. sich melden und ihre Sachen zu vindiciren trachten, deshalb gefraget wird:

Quaestio. Ob bey so gestalten Sachen N. N. die bey ihr versetzte Pfände ohne Entgeld auszuliefern schuldig sey?

Rationes dubitandi. Ob nun wohl die Hausirerin und Käuflin nicht befugt gewesen, die ihr ad alienandum anvertraute Sachen zu verpfänden, und also es das Ansehen gewinnen möchte, als ob sie res alienas versetzet, nun aber in Rechten bekannt, quod pignus a non domino constitutum non valeat

L. 2. et 3. C. si alien. res pign. data sit. L. 36. pr. §. 4. D. de pignor. Act. iunct. L. 22. §. 2. L. 36. §. 11. eod.

HAHN. *ad Wesenb. tit commod. n. 4.*

Zudem

Zudem der mit der Hausirerin und Käuflin getroffene Contract von Seiten derer jenigen, so ihr die pretiosa zu veralieniren anvertrauet, mehr ein mandatum als contractus æstimatorius zu seyn scheinet, quia sicut mandatum ad emendum valet, ita etiam ad vendendum, et vero notissimi iuris, quod mandatarius non possit conditionem mandantis deteriorem reddere, si quid contra mandatum egerit.

L. 10. C. de procurat.

et qui excedit fines mandati, aliud quid facere videtur.

L. 5. pr. D. mandat.

Zu geschweigen, daß die Hausirerin zu der Zeit, wie sie die Pfände bey N. N. versetzet, nicht mehr soluendo gewesen, und also N. N. mit derselben weiter zu contrahiren billig Bedenken tragen sollen, wozu denn kömmt, daß die Hausirerin nur auf 200 Fl. Amts caution geleistet, und also N. N. billig behutsahmer gehen sollen, ihr mehr Geld auf Pfände zu geben, als obbesagte caution austräget:

D. a. d. die obgedachte Hausirerin und Kauflin K. K. eine in Eid und Pflicht genommene Person gewesen, und also N. N. um desto sicherer mit ihr wohl contrahiren können, zumal ihr vitæ genus darinnen bestanden, daß sie theils die ihr ad alienandum gegebene Sachen verkaufet oder sonst dieselbe auf Pfände versetzet, und man also ihr, als einer personæ iuratæ, wohl trauen dürffen, auch nicht in diesem Fall nöthig ist, zu inquiriren, ob der geschwornen Hausirerin die Sachen ad alienandum oder ad pignorandum gegeben, weil man sonsten nicht sicher mit einer solchen Frau contrahiren könte, indem man sich immer befürchten müste, daß sie dolose verführe, zu dem Ende sie aber doch publice in Eid und Pflicht genommen worden: Und dann ferner der mit ihr getroffene Contract, quod res certo pretio æstimata ipsi vendenda, ea lege, data fuerit, vt

illa vel rem ipsam reddat, vel pretium conuentum soluat, billig pro contractu æstimatorio zu halten.

L. 1. D. de æstimat.
Dd. commun. ad tit. cit.

Et vero secundum communem Doctorum sententiam in hoc contractu dominium transferatur.

STAMLER *de contract. disp. 15. th. 11.*
SCHVLTES *ad Pistor. p. 3. q. 130. n. 81.*
LAVTERB. *ad tit. de æstimat. ad init.*

ex vulgata regula, quod æstimatio faciat periculum eius, qui rem venditionis causa accepit, adeoque dominium transfert.

L. 1. §. 1. D. de æstimat.

Und folglich hier keine oppignoratio rei alienæ, sed propriæ vorhanden ist, zudem auch hier ein solcher casus, vbi vtrinque certatur de damno vitando, vbi ordinarie possessoris conditio debet esse melior; in pari enim causa melior est conditio possidentis.

L. 4. §. 13. de dol. mal. except. L. 91. §. 3. de V. obl.
NERIZAN. *conf. 79. n. 17.*
MENOCH. *de præsumt. lib. 6. præs. 66. n. 7.*

Welchen denn nicht entgegen stehet, quod pignus a non domino constitui nequeat, zumahlen hier keine res aliena verpfändet, sondern talis, cuius dominium habuit femina oppignorans, und ist in Rechten gar nicht fundirt, daß der Contract, so man mit geschwornen Hausiererin celebrirt, solte mehr ein mandatum als contractus æstimatorius seyn, zumahlen ein grosser Unterscheid ist, ob ich einem ordre gebe, meine Sachen zu verkaufen, welches ein mandatum

tum ist, oder ob ich einer solchen Frau sub certa æstimatione zu veräussern oder vor sich zu behalten, überliefere, quo casu non est amplius mandatum, sed contractus æstimatorius, æstimatio autem venditionis causa adiecta transfert dominium in accipientem, vt libere alienare et ita quoque oppignorare possit.

L. 10. §. 4. L. 16. D. de iure dot.
L. 31. D. locati.
L. 58. D. de donat. inter vir. et vxor.

und obgleich die Hausiretin tempore rerum oppignoratarum nicht mehr mag soluendo gewesen seyn, so kan doch solches der N.N. nichts hindern, als welcher dadurch nichts benommen worden, mit ihr bona fide zu contrahiren, ja wenn gleich endlich die bestellte caution so viel nicht austragen solte, als N. N. auf Pfande gegeben, so ist doch durch Bestellung solcher caution niemand verboten worden, auf ein höhers mit ihr bona fide zu contrahiren, zumahlen wenn die Hausiretin gar keine caution gestellet, doch solches der N. N. nicht præiudiciren könne.

So erscheinet hieraus allenthalben so viel, daß N. N. die bey ihr verpfändete Sachen ohne Entgeld zu restituiren nicht könne angehalten werden.

§. XLIII. Similiter quæritur, *an dans rem vendendam habeat in concursu creditorum prioritatem in re vel pretio inde redacto?* Distinctione res est expedienda. Aut est *mandatum* initum nudum de vendendo, aut præsens negotium. Si *prius*, *vindicari* res potest, si adhuc extat, alias creditor est tantum quoad pretium, modo fidem de pretio habuerit. Quodsi vero mediante *contractu æstimatorio* res alteri æstimata data fuerit, quia sic in creditum ei abiit, tantum inter reliquos credi- *Quatenus in concursu dans præferatur aliis.*

 tores

tores suo loco ponendus, nec iure dominii rem auferre ante concursum potest, quae distinctio liquido pronata est *in l. 5. § 18. de tribut. act.* Pro hoc quoque praesumtio est, quod dans in dubio hoc in casu in creditum iuerit, quam primum rem tradidit, dum accipientem alternatiue obligauit, MENOCH. *de praesumt. l. 3. praes. 79. n. 4.* quia res ipsa, quam quis dat, dominium transfert, et sic fidem de pretio habere videtur, conf. Coll. Argent. *de aestimat.* HAHN. *diss. de aestimat. th. 34.*



EXERCITATIO LV.

AD LIB. XIX. PAND. TIT. V.

DE

ANNO DESERVITO

SEV DE

SALARIO PROMERITO.

CAP. I.

DE EO, QVOD IVSTVM EST CIRCA SALARIVM PROMERITVM EX PRINCIPIIS RECTAE RATIONIS.

ARGVMENTVM.

I. Opiniones variae Doctorum in hoc argumento. II. Salarii significatus. III. Definitio. IV. Distinctio a pensione, V. et mercede. VI. In quibus rebus praestetur. VII. Eius Aequitas, speciatim in officiis ecclesiasticis. VIII. Praestito officio debetur, quamuis tempus, quo exigitur, varium sit. IX. Annui

Annui salarii dies pro rata cedit. X. Ratio anni deseruiti XI. Differentia ab anno gratiae. XII. Huius indoles. XIII. Annus gratiae viduis et liberis subinde tantum relictus. XIV. Terminus ad quem anni deseruiti. XV. Diuisio fructuum vltimi anni, certo tempore percipiendorum. XVI. Computatio anni deseruiti vel a septembri vel a tempore suscepti officii initur. XVII. XVIII. Posterior magis fundata.

§. I.

Salebrosa et variis agitata contentionibus est quaestio iuris de *salario promerito*, seu quantum salarii heredes petere queant, defuncto eo, cui annua salaria fuerunt constituta? verbis quidem sat amplis, et, vt fieri solet, confusis excussa est ab antiquis interpretibus, quos *repetentes* dicunt, maxime qui ad *l. 4. D. de offic. Assessor.* commentati sunt, quorsum refero IO. BOLOGNETVM, IACOBVM DE NIGRIS, IO. BAPTISTAM, SEBASTIANVM SAPIAM, HIERONYMVM CAGNOLVM, BARTOLVM aliosque. Sed si argumentorum pondera inspexeris, incertis plerique volutantur procellis, dubia mouent, non soluunt; cortici verborum inhaerent, non vim et potestatem legum perscrutantur, et nonnisi confusum quoddam chaos sistunt, vt non possint non lectoribus saepe taedium et bilem mouere. Rationes si desideras, in promtu sunt. Doctrinam iuris Romani illustrare voluere, debitis haud instructi subsidiis, viamque plane diuersam ingressi sunt, quam qua ICti Romani sibi eundum esse censuere. Illi instructi erant principiis iuris naturae, rectae rationis argumenta in decisionibus adhibebant, et aequitatis humanitatisque, quae principia moralia supponit, inprimis rationem habebant, quae tamen adminicula prorsus ab antiquis interpretibus sunt neglecta, susque

Fluctus Doctorum circa quaestionem iuris de salario promerito.

Quam rationes.

 de-

deque habita, vnde in interpretandis textibus non potuere non in scillam incidere, euitare charybdim cupientes. Sicuti vero medicus, detecto morbi fonte, eo rectius ægrorum corpus sanare, et gubernator nauis, exploratis procellarum obstaculis, eo securius discrimina maritima euitare potest; ita ostento difficultatum fonte, quæ interpretibus in hac doctrina subeundæ fuerunt, eo rectius eas superari posse prorsus iudico; si ante omnia, quid *rectæ rationi* in hac doctrina conforme sit? excutiam, et iura positiua, mores, statutaque cum his fundamentis conferam. Quemadmodum enim ICti Romani in plerisque doctrinis rationis rectæ præcepta secuti sunt, et secundum ea decisiones suas formarunt; ita par erit, generalia quædam fundamenta præstruere, ad quæ omnia reuocari queant.

Denominatio salarii.

§. II. Principales rerum negotiorumque rationes ex ipsa *rei* intima *natura*, eiusque sedula perscrutatione dependent, adeoque *salarii* indoles paucis euoluenda. Salarium primario apud Romanos denotauit tribunorum militarium et ducum annonam, a *sale* forte, quod nihil victui magis necessarium quam *sal*, vel quod salaria percipientes, inde se alerent, notantibus SAMVELE PITISCO *in Lexic. antiq. Rom. voc. salarium*, et IACOBO GOTHOFRDO *de salar. c. I. §. I.*

Latior salariorum vsus.

Latius postea hoc vocabulum patuit, vt non solum *annonam*, sed etiam *commoda* et *stipendia militum* denotaret. Equidem militia aliaque officia reipublicæ nomine subeunda olim erant gratuita: sed postquam *extraneo milite* vti cœperunt, qui stipendio conducendus erat, paulatim etiam stipendia militibus assignata sunt. *l. 27. de V. S.* vid. LIVIVS *lib. XXIV. c. 49.* LIPSIVS *de milit. Rom. l. 1. dial. 7.* Cetera quoque munera reipublicæ gratuita erant, nec in tutelæ susceptione, quæ *gratuita* in iure dicitur, aliquid singulare occurrebat; quin et patronis causarum, pretio causas orare, le-

lege Cincia interdictum erat, ceu IACOB. BRVMMERVS *tr. de lege Cincia* plenius docet. Sed tandem seueritas pristina exspirauit. Aduocatis stipendium accipere permissum est ad certum modum, *l. 1. §. 10. de extraordinar. cognit.* quin etiam iis salaria annua sunt permissa, *l. 7. mand. l. 38. locat. conduct.* et praeterea munera publica dispensantibus aut liberales artes exercentibus salaria constituta fuere, siue ex aerario publico siue a priuatis *l. 4. de offic. assess. l. 19. in fin. locati l. 16. §. 1. de alimentis leg. l. 41. §. 6. de fideic. libert. l. 4. in fin de decr. ab ord. fac. l. 4. de extraord. cognit.* Vnde duplex fuit salarium, *publicum* et *priuatum*: illud publica autoritate debebatur; hoc vero priuata partium conuentione, vel alia dispositione constituebatur, veluti tutoribus, *l. 33. in f. de adm. et peric. tut.* MENCKE et MOLLENBECIVS *de salario tutorum et curatorum*; medicis, *l. 16. §. 1. de aliment. legat.* aduocatis, praeceptoribus, *l. 1. pr. de extraord. cognit.* aliisque, de quibus agit GOTHOFREDVS de salario *cap. 5.* *Salarium est vel publicum vel priuatum.*

§. III. Etsi vero *salarium* quoduis emolumentum denotet, quod officio vel opera praestita singulari in retributionem praestatur, siue annuatim debeatur, siue in genere pro officio praestito promissum sit, quo in significatu salarium definit IACOBVS GOTHOFREDVS *de salario c. I. §. 3.* quod sit *iusta debitaque laboris siue operae sumtae sumendaeque vel etiam officii in quacunque re ad referendam vicem compensatio*: specialiori in sensu tamen salarium pro *annua praestatione et erogatione* accipitur, adeo vt etiam ICti veteres hac denominatione vtantur, quoties *annua* simpliciter praestanda sunt, nullo habito laboris officiique respectu tuendi exhibendique sui gratia *l. 8. §. 23. de transaction. l. 21. de in rem verso l. 61. in f. de Oblig. et Act. l. 19. §. fin. de ann. legat.* Porro quamuis opera officiaque varii gene- *Triplex significatum vocabuli salarii.*

ris

ris sint, quæ dato aliquo præstitoque compensari solent, primario tamen operæ locari non solitæ seu non mercenariæ hic intelliguntur, pro quibus compensandis salarium constitui solet, veluti pro liberalibus artibus, patrocinio caussarum, officio publico aliisque operis, quæ certa mercede inter homines haud sunt definitæ. BRISSONIVS *de verb signif. voce salarium.* FRANCISCVS STYPMANNVS *de salar. cleric. c. II. n. 1.* Inde in primario significatu, quo hic vtimur, SALARIVM est *annua erogatio præstatioque, quæ alicui in compensationem officii non mercenarii præstiti vel præstandi, constituitur.*

Quonam in significatu hic salarium sumatur.

Distinguitur (1) a pensionibus annuis, quæ ex gratia constitui solent.

§. IV. Inde (1) distinguitur *a pensionibus annuis*, quæ ex *gratia* alicui constituuntur, se tuendi exhibendique gratia, ob merita quædam singularia, vel aliam causam, quæ etiam tum publice, tum priuatim constitui possunt, vt antea de legato salario dictum est. Non infrequens est, pensiones annuas constitui eruditis a magnatibus, solius eruditionis, qua inclaruerunt, gratia, quod Regi Galliæ, sceptra adhuc tenenti, a plurimis annnis in more positum fuisse, annales memorant. Pontifices etiam non raro liberalitatem hoc modo exercuisse erga eruditos, notat AVGVSTINVS BARBOSA *lib. III. de iure eccles. c. II. n. 54. in fin.* et quis principum liberalitatem erga eruditos recenseret, quæ principi honesta et proficua semper visa fuit? Vid, BARCLAIVS *in Argen. lib. I.* GEORG. MORHOF *de otio sapient. dando.* Huiusmodi pensiones etiam episcopis emeritis, infirmis et quandoque etiam depositis ad vitæ tempus concessæ sunt, vt exemplis ex antiquitate petitis illustrat ESPEN. *tr. de pensionibus c. 1.* et maxime hodie iis vsitata est, qui renunciant beneficio ecclesiastico, reseruata sibi quadam pensione ad vitæ tempus ex reditibus ecclesiasticis, quam praxin plenius illustrat BARBOSA *de praxi exigendi pension.* multis vero adductis

ra-

rationibus perstringit ESPEN. *cit. l. c. 2. seqq.* Immo etiam laicis olim iniuria belli ad inopiam redactis, vel caede hostili cum aduersa valetudine conflictantibus pensiones, intercessione Caesarum, sunt solutae et ad vitae tempus promissae, teste THOMASSINO de *veter. et nou. eccles. discipl. p. III. lib. 2. c. 29. seqq.*

§. V. Quin etiam a *mercede* (II) salaria separanda sunt. Equidem non raro *merces* tam generaliter accipitur, vt etiam *honoraria et salaria* comprehendat denotetque, *l. 1. pr. si mens. fals. mod. l. 19. §. 11 de donat. l. 1. pr. de extraordinar. cognit.* cum etiam compensationem laboris operarumque inuoluat; communiter tamen ita a *salario* distinguitur, quod *merces* non tantum soluatur pro praestita opera, sed etiam pro vsu rerum praediorumque *l. 9. §. 4. l. 58. locati*, salarium tantum pro *opera*: quod merces soluatur pro *opera vulgari*, *locari solita*, quaeque inter homines certam determinatamque aestimationem accepit, quales sunt operae mechanicorum; salaria autem ob liberales artes, officiaque publica tam ecclesiastica quam profana. GOTHOFREDVS *de salario c. 1. §. 6.* Inde etiam inter operam et mercedem vulgo proportio desideratur, adeo vt, ea deficiente, ob laesionem vltra dimidium ad rescindendum contractum agi queat, CAROCIVS *de locat. conduct. P. I. qu. 70. n. 45.* id quod ad salarium applicari nequit, quod equidem in *compensationem officii publici et operarum*, quae magis ingenio et eruditione, quam corporis labore peraguntur, datur constituiturque, sed certam perpetuamque determinationem non habet, adeoque nunc augetur, nunc minuitur, prout personarum peculiaris industria, qualitas, et aliae circumstantiae id suadent. *Multo maiora esse opera animi quam corporis*, ait CICERO *lib. II. de offic.* et paulo post addit: *eae res, quas persequimur ingenio et ratione,*

Distinguitur (II) a mercede.

tione, gratiores sunt, quam illæ, quas viribus; adeoque quamuis hæ certam æstimatimationem *communem* habeant, illæ tamen pretium commune non recipiunt, sed prout salarium conuentione determinatum est, ita debetur. Atque hæc quidem pro eruendo conceptu salarii sufficiant.

In quonam consistat salarium.

§. VI. Consistit salarii ratio in *perceptione commodorum et emolumentorum, in compensationem muneris promissorum.* Qua in re hæc compendia consistant, arbitrarium est. Neque enim tantum in pecunia numerata, sed etiam in iis, quæ esui potuique sunt, in amictu, habitatione, pensionibus, decimis, vsufructu prædiorum, immo variis sportulis, accidentalibus, vti loquuntur, consistunt, cum hæc omnia ad vitæ hominis sustentationem comparata sint, eique inseruiant. STYPMAN *de salar. cleric. c. II.* Olim etiam stipendia militum in pecunia, frumento vestituque consistebant. Et cum apud Germanos, militiæ maxime addictos, pecuniæ numeratæ vsus rarior parciorque esset, his, qui militiæ operam dabant, reditus certi ex prædiis in vicem *salarii* assignati sunt, titulo *beneficii*, vnde *iura feudorum* nata sunt. Et quis nescit, clericorum *beneficia ecclesiastica* maximam partem constituta esse in variis pensionibus, decimis, agrorum prouentibus, habitatione, et iuribus stolæ? quæ omnia cum rationem *emolumenti* habeant, etiam *salarii* constitutioni inseruiunt. Huc refero etiam varias immunitates ab oneribus publicis, quæ non leue emolumentum præbent.

Aequitas salariorum.

§. VII. Aequitas salariorum manifesta est. *Iustum namque est, vt illi consequantur stipendium, qui pro tempore suum commodare reperiuntur obsequium*, ait Pontifex in *c. 45. C. 12. qu. 2. in fin.* Neque excipiendos verbi diuini ministros cen-

Speciatim ministris verbi

censeo, quasi hi stipendiis suis militare et gratis inseruire teneantur, quin potius principem de salario eorum augendo solicitum esse debere, multis et eruditissimis argumentis euincit THOMASIVS *de cura principis in augendo salar. ministrorum ecclesi.* Exemplum ipsius Dei in promtu est, qui stipendia perpetua lege sacerdotibus et Leuitis constituit. Nec diuersam in nouo testamento esse rationem, pluribus argumentis euincit PAVLVS *1. Tim. V, 18. 1. Cor. IX.* quamuis se sponte ab his stipendiis, ab ecclesia iuste exigendis, abstinuisse, et labore manuum se victum quaesiuisse, fateatur. Noui quidem, rigidiores quosdam patres censuisse, clericos bona propria possidentes, stipendia ab ecclesia petere non posse. Ita censuit HIERONIMVS relatus *in c. 6. C. 1. q. 2.* et, *clericos*, ait, *illos conuenit ecclesiae stipendiis sustentari, quibus parentum et propinquorum nulla suffragantur bona. Qui autem bonis parentum et opibus suis sustentari possunt, si, quod pauperum est, accipiunt, sacrilegium profecto committunt, et per abusum talium iudicium sibi manducant et bibunt.* Plura alia huius farinae passim occurrunt in scriptis patrum. Verum si non *auctoritate* sed *pondere* suo aestimantur, non euincunt, clericos, etiam, qui bona propria habent, stipendiis suis militare debere. Censuere patres, bona ecclesiastica esse in *vsus pauperum* primario destinata, vnde passim *patrimonium pauperum* dicuntur, vti IOANNES LAVNOIVS *de cura ecclesiae pro miseris et pauperibus* et LVDOVICVS THOMASSINVS *de vet. et nou. eccles. discipl. p. III. l. 3. c. 26. seqq.* ostendunt. Inde collegerunt, id quod in vsus pauperum impendendum est, non aliis deberi clericis, quam qui pauperes sunt: et quidem magis sub titulo *eleemosynae* quam *salarii*; verum inde salarium clericis non esse soluendum, minime colligi potest. Tantum patres censuere, *de bonis ecclesiasticis* stipendia ditioribus non deberi, quippe qui *eleemosynam* petere

diuini recte illa constitui, probatur, tam veteri, quam noui testamento

Contra rigidiores quosdam patres ecclesiae.

Quorum sententia examinatur vberius, que declaratur.

 non

possint, salarium autem absolute iis non deberi, nullibi professi sunt. In concilio Agathensi *C. 36.* generatim ita cautum est: *Clerici omnes, qui ecclesiæ fideliter, vigilanterque deseruiunt, stipendia sanctis laboribus debita secundum seruitii sui meritum per ordinationem canonum a sacerdotibus consequuntur. c. 10. C. 1. q. 2.* Breuiter, stipendia iis haud denegarunt, sed de *bonis ecclesiasticis*, pauperum gratia olim vnice collectis, illa haud esse soluenda censuere, cum aliunde solui queant. Sunt enim hi, quibus inseruiunt, omnino ad hoc adstricti, cum qui altari inseruiunt, de altari quoque viuere debeant. Postquam vero bona ecclesiastica postea generatim sunt constituta, vt inde *onera ecclesiæ* ferantur, clericis ex ærario ecclesiastico stipendia *indistincte* debentur, et parochiani tantum in subsidium tenentur. Vid. GERHARDVS apud DEDEKENNVM *p. 1. vol. 1. m. 4. sect. 2. n. 1 pag. 791.* Huc collineat optime *ordinatio eccles. Saxon. art. general. 24.* und sollen keine gemeine Entschuldigungen angenommen werden, da sie fürgeben, als sey der Pfarrer sonst reich genug, dergestalt sie allezeit sich ausreden, und dem Pfarrer seinen Geld vorenthalten möchten. Conf. SCHILTER *institut. iur. Can. lib. II. Tit. 8. §. 8.* STYPMANN. *de salar. clericor. c. I.* GOTHOFRED. *de salar. c. I. §. II.* Equidem non nego, clericos postmodum omnes fere reditus ad se traxisse, et ex immodicis stipendiis corruptos deprauatosque fuisse, sed id vnice *abusui* adscribendum, nec rei æquitati in se præiudicat. Ait ARNOLDVS, abbas Lubecensis *Lib. III chron. c. 9. creuit possessio et euanuit religio, siquidem ex temporalium abundantia, dum cœperunt etiam carnaliter viuere cœperunt etiam carnaliter sapere, refrixit caritas, subintrauit mundialitas.* Grauissimis hoc cacoethes verbis describit FRANCISCVS DVARENVS *lib. II. de SS. eccles. minister. c. 4.* quod etiam ostendit ANTONIVS MATTHAEI *lib. II. de nobilit. c. 45. p. 705. seqq.* Sed vitium non ipsis *stipendiis*, sed *immodicæ* eorum *erogationi* inhæret, quod omnino est præcauendum.

Et tandem in summum redigitur.

Improbatur tamen abusus, qui circa salaria a ministris ecclesiæ committitur.

§. VIII.

Salarium regulariter non debetur ante praestitum seruitium.

Hab nda tamen simul ratio commodorum.

§. VIII. Cum salarium soluatur ob seruitium vel ministerium *publicum* vel *priuatum*, naturale quoque est, vt, tunc soluatur, quando seruitium praestitum est. Neque enim antea exigi potest, quod demum ob *causam* soluendum, neque vlla compensationis ratio adest, vbi seruitium nullum praestitum. Ante omnia tamen ratio tum *seruitiorum*, tum *commodorum*, quae *salarii* nomine promissa sunt, inspicienda est. Si ministerium, operam continuatam et per totum vitae tempus vel plures annos duraturam postulat, annuatim constitui solent salaria, cum alioquin salariarius ante mortem suam, qua ministerium definit, petere stipendium haud posset, quod ipsi non tantum graue, sed etiam prorsus inutile futurum esset. Hunc in finem *salarium annuum* constituitur, h. e. pro ministerio et officio, singulis annis praestando, et ita non ab initio anni debetur, sed demum cum ministerium per annum praestitum est. Ratio enim recta dictitat, id, quod ob *causam futuram* promissum est, et quidem in eius compensationem; non antea exigi posse, quam causa praestita; et ita quod pro ministerio et seruitio annuo promissum, anno demum finito de iure stricto debetur. Tunc enim compensatio peti potest, quoties id praestitum, quod compensationem meretur. Vt ob futuri ministerii compensationem aliquid soluatur, vnice ex *conuentione* dependet, qua cessante, nemo *iure suo* repraesentationem salarii annui petere potest. Quia vero antea monui, commoda, salarii nomine soluenda, varii generis esse, inde ad naturam horum respiciendum est. Quaedam enim (1) quotidianam praestant vtilitatem, veluti *habitatio*, et horum commoda quotidie et singulis momentis percipiuntur: quaedam (2) ex natura sua, vel antiqua quadam dispositione certo tempore tantum debentur, quae antequam dies eorum venerit, peti nequeunt, nec in his ad finem anni, sed ad diem, quo

Annua salaria non debentur ab initio anni.

Quaedam emolumenta percipiuntur singulis momentis.

Quaedam certo tempore.

quo præſtatio deberi incipit, reſpiciendum eſt, ex natura commodi ipſius. Huc pertinent fructus prædiorum ruſticorum, qui certo anni tempore percipiuntur, et ſic ſalaria eo tempore debentur, ſi prædia ei in vicem *ſalarii* data ſunt. Similiter decimæ antea exigi nequeunt, quam fructibus a ſolo ſeparatis. Præterea penſiones antiqua quadam ex diſpoſitione ad certos dies reſtringuntur, vt v. c. die Martini, trium Regum, vel purificationis Mariæ debeantur, quæ itidem ſtatim peti poſſunt, quando dies aduenit: ideo enim penſionibus ſoluendis dies certus dictus eſt, vt eo tempore ſalaria præſtentur. Quædam denique (3.) in pecunia numerata, quotannis ſoluenda, conſiſtunt, nec conuentum, vt per partes ſeu ſucceſſiue ſoluatur, quo caſu tantum in fine anni debetur. Nulla enim ratio ſuadet, vt quod pro annuo miniſterio promiſſum eſt, antea, quam perfecto labore, exigi queat. Ideo enim *annuum ſalarium* præfinitur, vt pro annuo miniſterio ſoluatur. Quodſi itaque in ſingulos menſes determinatum eſt, finito menſtruo ſeruitio, recte petitur: ſi in ſingulos anni quadrantes, etiam ſingulis quadrantibus debetur. Interim in annuis ſalariis, quæ diuiſionem recipiunt, vt plurimum contingere ſolet, vt ſingulis anni quadrantibus ſoluantur, tum quod ſalariariis, ſe tuendi exhibendique gratia, plerumque ſimul ſolui ſoleant, et ſic *tacite* id actum eſſe videatur, vt ſucceſſiue et per partes ſalarium annuum præſtetur, quo *onera quotidiana* inde ſuſtentari queant; tum etiam quod obſeruantia communi id nitatur, cui in dubio ſe contrahentes ſubmiſiſſe credere par eſt.

Quædam finito demum anno.

Interdum ſalariorum annuorum dies cedit pro rata.

§. IX. Quamuis vero, prout dictum, ſalarium annuum ſtricto iure, niſi aliud actum ſit, demum debeatur in fine anni, quo miniſterium ſeu ſeruitium annuum exhibitum eſt, hoc tamen tantum intelligendum eſt de tempore, quo ſalarium

larium *iure perfecto* peti potest. Aliud enim est, quando dies salarii cedat, et aliud, quando veniat, seu exigi possit. Recte censet ICtus in *l. 10. pr. de ann. legat. tam laborem, quam pecuniam diuisionem recipere*, et ita quatenus ministerium, pro quo annuum salarium promissum, præstitum est, eatenus ius in salarium successiue consequitur salariarius, quamuis, die veniente, id demum exigere queat. Et hoc non tantum iuris est in ministeriis *quotidianis*, seu quæ quotidie sua natura præstantur, sed etiam, quæ licet non quotidie præstentur, possunt tamen, si exiguntur, quotidie præstari, veluti si aduocatis et medicis annua salaria præstantur. Hoc enim rursus actum censetur, vt siue quotidie ministerium præstiterint, siue tantum certis anni interuallis, vt tamen dies salarii pro rata anni cedat, cum sufficiat, quod per eos non steterit, quo minus operas suas præstarent *l. 19. §. 9. l. 38. D. locati.*

Vnde ratio salarii deseruiti, seu promeriti dependeat.

§. X. Inde ratio *deseruiti anni* seu *promeriti salarii* dependet, de quo nunc specialius agendum. Dicitur enim *salarium promeritum*, quatenus dies eius cessit, et salariario, pro rata anni et ministerii præstiti annui, ius perfectum in salarium quæsitum est, quocunque demum tempore exigi queat. Quamuis enim, finito anno, in commoda integra demum ei ius perfectum quæsitum sit, hoc tamen, cum labor annuus diuisionem recipiat, non impedit, quo minus pro rata seruitiorum annuorum præstitorum salariario ius in commoda ipsi promissa acquiratur, cuius tunc potissimum ratio habetur, si intra annum salariarius decedit, vel ministerium deponit, vel ei resignare iubetur. Hoc casu enim potissimum in quæstionem venit, *quantum ex commodis vltimi anni ei vel eius heredibus debeatur?* Tantum scilicet, in quantum ius quæsitum habet in commoda, salarii nomine, præfinita, id quod ex anni ratione, quo ministerium exhibuit vel exhibere paratus fuit, æsti-

mandum

auswärtige Testaments-Erben nicht zu extendiren, welchen Vergleich auch der Verstorbene unterschrieben, und dadurch seinen collateralibus praeiudiciret; welchem noch beyzutreten scheinet, daß bey den Protestirenden fast durchgehends der annus gratiæ auf Wittwen und Kinder restringiret, hergegen collaterales und extranei heredes davon ausgeschlossen werden.

CARPZ. *lib. I. Iurispr. consist. D. 217. sqq.*
RAVCHBAR. *p. 1. qu. 25. n. 14.*
FINCKELTHAVS *de Iure patron. C. 6. n. 3.*
STRYK. *de anno gratiæ C. 3.*

Dahero obwol in denen statutis capitularibus der Erben generaliter Meldung geschehen, doch solches pro substrata materia dergestalt zu interpretiren, daß solcher verstanden werden müssen, welche des anni gratiæ fähig seyn können. Dieweil aber dennoch der annus gratiæ bloß ex priuilegio dependiret, und dabey keine Vniversal-Regel durchgehends gemachet werden kan, absonderlich aber, daß derselbe auch denen collateralibus mit zu gute kommen, bey vielen capitulis eingeführet ist, zumahl schon lange vor der reformation und im 12ten seculo der annus gratiæ in einigen capitulis bekannt gewesen,

WEHNER. *in obseru. voce* Gnaden-Jahre.

und zu der Zeit derselben Witwen und Kindern nicht einsten zukommen mögen, sondern solcher annus gratiæ vornemlich anfänglich dazu eingeführet worden, daß des defuncti capitularis Schulden davon desto besser abgetragen würden.

SCHATEN. *in annalibus Paderborn. ad ann. 1293. p. 177 et ann. 1295. p. 180.*
WEHNER. *in obseru. c. l.*

Und da nun solche obligation bey denen protestirenden Stifts-Personen heute zu Tage denen Erben überhaupt oblieget, es also auch billig ist, daß der annus gratiæ denen collateralibus so wohl als Kindern zu gute kommen müsse, da paritas rationis in beyden Fällen zu

zu finden, und so wohl die Kinder als collaterales des defuncti Schulden bezahlen müssen, dahero auch von dieser praxi capitulorum selbsten die Pontificii behaupten, quod annus gratiæ cedat domui mortuariæ,

ESPEN. *in iur. eccles. p. 2. tit. 23. c. 8. §. 9.*

et quod valeat consuetudo, vt primi anni fructus post obitum defuncti canonici cedant eius heredibus,

c. 2. in extrau. Ioh. XXII. *de elect.*

BARBOSA *ad cit. text. n. 2.*

in welcher Erwegung dann, was bey den Pfarren in den protestirenden Kirchen eingeführet worden, zu keiner consequentz gezogen und auf hohe Stiffter appliciret werden mag, absonderlich, da bey diesen carentz Jahre eingeführet sind, vi cuius canonici noui primi anni reditibus carere compelluntur, et loco huius heredibus eorum anni vnius post mortem reditus relinquuntur,

cit. c. 2.

WAMES *cons. iur. Pontif. 234. n. 8.*

STRYK. *de anno gratiæ c. 3. in f.*

welche ratio bey den Pfarren und andern geistlichen Aemtern cessiret, und dahero der annus gratiæ billig bey denselben restringiret werden müsse, wie denn auch der verstorbene von Adel, in der sub lit. Ai befindlichen Beylage, sich zu den carentz-Jahren verpflichtet gemacht, dahero aus den itzo angeführten Gründen deutlich erhellet, daß die verba statuti capitularis, so der Erben indefinite gedenken, billig auch von denen collateralibus zu verstehen sind, zumahl daselbst folgender Gestalt disponiret wird c. 9. §. 7.

Decani et cuiuscis canonici capitularis defuncti heredibus prouentus decanales vel canonicales, quos defunctus habuit vltra annum deseruitum, per integrum adhuc annum, qui gratiæ vocatur, debentur.

 und

auswärtige Testaments-Erben nicht zu extendiren, welchen Vergleich auch der Verstorbene unterschrieben, und dadurch seinen collateralibus præiudiciret; welchem noch beyzutreten scheinet; daß bey den Protestirenden fast durchgehends der annus gratiæ auf Wittwen und Kinder restringiret, hergegen collaterales und extranei heredes davon ausgeschlossen werden.

CARPZ. *lib. I. Iurispr. consist. D. 217. sqq.*
RAVCHBAR *p. I. qu. 25. n. 14.*
FINCKELTHAVS *de Iure patron. C. 6. n. 3.*
STRYK. *de anno gratiæ C. 3.*

Dahero obwol in denen statutis capitularibus der Erben generaliter Meldung geschehen, doch solches pro substrata materia dergestalt zu interpretiren, daß solcher verstanden werden müssen, welche des anni gratiæ fähig seyn können. Dieweil aber dennoch der annus gratiæ bloß ex priuilegio dependiret, und dabey keine Vniuersal-Regel durchgehends gemachet werden kan, absonderlich aber, daß derselbe auch denen collateralibus mit zu gute kommen, bey vielen capitulis eingeführet ist, zumahl schon lange vor der reformation und im 12ten seculo der annus gratiæ in einigen capitulis bekannt gewesen,

WEHNER. *in obseru. voce* Gnaden-Jahre.

und zu der Zeit derselben Witwen und Kindern nicht einsten zukommen mögen, sondern solcher annus gratiæ vornemlich anfänglich dazu eingeführet worden, daß des defuncti capitularis Schulden davon desto besser abgetragen würden.

SCHATEN. *in annalibus Paderborn. ad ann. 1293. p. 177 et ann. 1295. p. 180.*
WEHNER. *in obseru. v. l.*

Und da nun solche obligation bey denen protestirenden Stifts-Personen heute zu Tage denen Erben überhaupt oblieget, es also auch billig ist, daß der annus gratiæ denen collateralibus so wohl als Kindern zu gute kommen müsse, da paritas rationis in beyden Fällen zu

zu finden, und so wohl die Kinder als collaterales des defuncti Schulden bezahlen müssen, dahero auch von dieser praxi capitulorum selbsten die Pontificii behaupten, quod annus gratiæ cedat domui mortuariæ,

ESPEN. *in iur. eccles. p. 2. tit. 23. c. 8. §. 9.*

et quod valeat consuetudo, vt primi anni fructus post obitum defuncti canonici cedant eius heredibus,

c. 2. in extrau. Ioh. XXII. *de elect.*

BARBOSA *ad cit. text. n. 2.*

in welcher Erwegung dann, was bey den Pfarren in den protestirenden Kirchen eingeführet worden, zu keiner consequentz gezogen und auf hohe Stiffter appliciret werden mag, absonderlich, da bey diesen carentz Jahre eingeführet sind, vi cuius canonici noui primi anni reditibus carere compelluntur, et loco huius heredibus eorum anni vnius post mortem reditus relinquuntur,

cit. c. 2.

WAMES *cons. iur. Pontif. 234. n. 8.*

STRYK. *de anno gratiæ c. 3. in f.*

welche ratio bey den Pfarren und andern geistlichen Aemtern cessiret, und dahero der annus gratiæ billig bey denselben restringiret werden müsse, wie denn auch der verstorbene von Adel, in der sub lit. A. befindlichen Beylage, sich zu den carentz-Jahren verpflichtet gemacht, dahero aus den itzo angeführten Gründen deutlich erhellet, daß die verba statuti capitularis, so der Erben indefinite gedenken, billig auch von denen collateralibus zu verstehen sind, zumahl daselbst folgender Gestalt disponiret wird *c. 9. §. 7.*

Decani et cuiusuis canonici capitularis defuncti heredibus prouentus decanales vel canonicales, quos defunctus habuit vltra annum deseruitum, per integrum adhuc annum, qui gratiæ vocatur, debentur.

 und

auswärtige Testaments-Erben nicht zu extendiren, welchen Vergleich auch der Verstorbene unterschrieben, und dadurch seinen collateralibus praeiudiciret; welchem noch beyzutreten scheinet, daß bey den Protestirenden fast durchgehends der annus gratiae auf Wittwen und Kinder restringiret, hergegen collaterales und extranei heredes davon ausgeschlossen werden.

CARPZ. *lib. I. Iurispr. consist. D. 217. sqq.*
RAVCHBAR. *p. 1. qu. 25. n. 14.*
FINCKELTHAVS *de Iure patron. C. 6. n. 3.*
STRYK. *de anno gratiae C. 3.*

Dahero obwol in denen statutis capitularibus der Erben generaliter Meldung geschehen, doch solches pro substrata materia dergestalt zu interpretiren, daß solcher verstanden werden müssen, welche des anni gratiae fähig seyn können. Dieweil aber dennoch der annus gratiae bloß ex privilegio dependiret, und dabey keine Vniversal-Regel durchgehends gemachet werden kan, absonderlich aber, daß derselbe auch denen collateralibus mit zu gute kommen, bey vielen capitulis eingeführet ist, zumahl schon lange vor der reformation und im 12ten seculo der annus gratiae in einigen capitulis bekannt gewesen,

WEHNER. *in obseru. voce* Gnaden-Jahre.

und zu der Zeit derselben Witwen und Kindern nicht einsten zukommen mögen, sondern solcher annus gratiae vornemlich anfänglich dazu eingeführet worden, daß des defuncti capitularis Schulden davon desto besser abgetragen würden.

SCHATEN. *in annalibus Paderborn. ad ann. 1293. p. 177 et ann. 1295. p. 180.*
WEHNER. *in obseru. c. l.*

Und da nun solche obligation bey denen protestirenden Stifts-Personen heute zu Tage denen Erben überhaupt oblieget, es also auch billig ist, daß der annus gratiae denen collateralibus so wohl als Kindern zu gute kommen müsse, da paritas rationis in beyden Fällen

zu finden, und so wohl die Kinder als collaterales des defuncti Schulden bezahlen müssen, dahero auch von dieser praxi capitulorum selbsten die Pontificii behaupten, quod annus gratiæ cedat domui mortuariæ,

ESPEN. *in iur. eccles. p. 2. tit. 23. c. 8. §. 9.*

et quod valeat consuetudo, vt primi anni fructus post obitum defuncti canonici cedant eius heredibus,

c. 2. in extrav. Ioh. XXII. *de elect.*

BARBOSA *ad cit. text. n. 2.*

in welcher Erwegung dann, was bey den Pfarren in den protestirenden Kirchen eingeführet worden, zu keiner consequentz gezogen und auf hohe Stiffter appliciret werden mag, absonderlich, da bey diesen carentz Jahre eingeführet sind, vi cuius canonici noui primi anni reditibus carere compelluntur, et loco huius heredibus eorum anni vnius post mortem reditus relinquuntur,

cit. c. 2.

WAMES *cons. iur. Pontif. 234. n. 8.*

STRYK. *de anno gratiæ c. 3. in f.*

welche ratio bey den Pfarren und andern geistlichen Aemtern cessiret, und dahero der annus gratiæ billig bey denselben restringiret werden müsse, wie denn auch der verstorbene von Adel, in der sub lit. A. befindlichen Beylage, sich zu den carentz-Jahren verpflichtet gemacht, dahero aus den itzo angeführten Gründen deutlich erhellet, daß die verba statuti capitularis, so der Erben indefinite gedenken, billig auch von denen collateralibus zu verstehen sind, zumahl daselbst folgender Gestalt disponiret wird c. 9. §. 7.

Decani et cuiuscis canonici capitularis defuncti heredibus prouentus decanales vel canonicales, quos defunctus habuit vltra annum deseruitum, per integrum adhuc annum, qui gratiæ vocatur, debentur.

 und

auswärtige Testaments-Erben nicht zu extendiren, welchen Vergleich auch der Verstorbene unterschrieben, und dadurch seinen collateralibus præiudiciret; welchem noch beyzutreten scheinet, daß bey den Protestirenden fast durchgehends der annus gratiæ auf Wittwen und Kinder restringiret, hergegen collaterales und extranei heredes davon ausgeschlossen werden.

CARPZ. *lib. I. Iurispr. consist. D. 217. sqq.*
RAVCHBAR. *p. I. qu. 25. n. 14.*
FINCKELTHAVS *de Iure patron. C. 6. n. 3.*
STRYK. *de anno gratiæ C. 3.*

Dahero obwol in denen statutis capitularibus der Erben generaliter Meldung geschehen, doch solches pro substrata materia dergestalt zu interpretiren, daß solcher verstanden werden müssen, welche des anni gratiæ fähig seyn können. Dieweil aber dennoch der annus gratiæ bloß ex priuilegio dependiret, und dabey keine Vniuersal-Regel durchgehends gemachet werden kan, absonderlich aber, daß derselbe auch denen collateralibus mit zu gute kommen, bey vielen capitulis eingeführet ist, zumahl schon lange vor der reformation und im 12ten seculo der annus gratiæ in einigen capitulis bekannt gewesen,

WEHNER. *in obseru. voce* Gnaden-Jahre.

und zu der Zeit derselben Witwen und Kindern nicht einsten zukommen mögen, sondern solcher annus gratiæ vornemlich anfänglich dazu eingeführet worden, daß des defuncti capitularis Schulden davon desto besser abgetragen würden.

SCHATEN. *in annalibus Paderborn. ad ann. 1293. p. 177 et ann. 1295. p. 180.*
WEHNER. *in obseru. c. l.*

Und da nun solche obligation bey denen protestirenden Stifts-Personen heute zu Tage denen Erben überhaupt oblieget, es also auch billig ist, daß der annus gratiæ denen collateralibus so wohl als Kindern zu gute kommen müsse, da paritas rationis in beyden Fällen zu

zu finden, und so wohl die Kinder als collaterales des defuncti Schulden bezahlen müssen, dahero auch von dieser praxi capitulorum selbsten die Pontificii behaupten, quod annus gratiæ cedat domui mortuariæ,

ESPEN. *in iur. eccleſ. p. 2. tit. 23. c. 8. §. 9.*

et quod valeat consuetudo, vt primi anni fructus post obitum defuncti canonici cedant eius heredibus,

c. 2. in extrau. Ioh. XXII. *de elect.*

BARBOSA *ad cit. text. n. 2.*

in welcher Erwegung dann, was bey den Pfarren in den protestirenden Kirchen eingeführet worden, zu keiner consequentz gezogen und auf hohe Stiffter appliciret werden mag, absonderlich, da bey diesen carentz Jahre eingeführet sind, vi cuius canonici noui primi anni reditibus carere compelluntur, et loco huius heredibus eorum anni vnius post mortem reditus relinquuntur,

cit. c. 2.

WAMES *conſ. iur. Pontif. 234. n. 8.*

STRYK. *de anno gratiæ c. 3. in f.*

welche ratio bey den Pfarren und andern geistlichen Aemtern cessiret, und dahero der annus gratiæ billig bey denselben restringiret werden müsse, wie denn auch der verstorbene von Adel, in der sub lit. A. befindlichen Beylage, sich zu den carentz-Jahren verpflichtet gemacht, dahero aus den itzo angeführten Gründen deutlich erhellet, daß die verba statuti capitularis, so der Erben indefinite gedenken, billig auch von denen collateralibus zu verstehen sind, zumahl daselbst folgender Gestalt disponiret wird c. 9. §. 7.

Decani et cuiusuis canonici capitularis defuncti heredibus prouentus decanales vel canonicales, quos defunctus habuit vltra annum deseruitum, per integrum adhuc annum, qui gratiæ vocatur, debentur.

 und

quo præstatio deberi incipit, respiciendum est, ex natura commodi ipsius. Huc pertinent fructus prædiorum rusticorum, qui certo anni tempore percipiuntur, et sic salaria eo tempore debentur, si prædia ei in vicem *salarii* data sunt. Similiter decimæ antea exigi nequeunt, quam fructibus a solo separatis. Præterea pensiones antiqua quadam ex dispositione ad certos dies restringuntur, vt v. c. die Martini, trium Regum, vel purificationis Mariæ debeantur, quæ itidem statim peti possunt, quando dies aduenit: ideo enim pensionibus soluendis dies certus dictus est, vt eo tempore salaria præstentur. Quædam denique (3) in pecunia numerata, quotannis soluenda, consistunt, nec conuentum, vt per partes seu successiue soluatur, quo casu tantum in fine anni debetur. Nulla enim ratio suadet, vt quod pro annuo ministerio promissum est, antea, quam perfecto labore, exigi queat. Ideo enim *annuum salarium* præfinitur, vt pro annuo ministerio soluatur. Quodsi itaque in singulos menses determinatum est, finito menstruo seruitio, recte petitur: si in singulos anni quadrantes, etiam singulis quadrantibus debetur. Interim in annuis salariis, quæ diuisionem recipiunt, vt plurimum contingere solet, vt singulis anni quadrantibus soluantur, tum quod salariariis, se tuendi exhibendique gratia, plerumque simul solui soleant, et sic *tacite* id actum esse videatur, vt successiue et per partes salarium annuum præstetur, quo *onera quotidiana* inde sustentari queant; tum etiam quod obseruantia communi id nitatur, cui in dubio se contrahentes submisisse credere par est.

Quædam finito demum anno.

Interdum salariorum annuorum dies cedit prorata.

§. IX. Quamuis vero, prout dictum, salarium annuum stricto iure, nisi aliud actum sit, demum debeatur in fine anni, quo ministerium seu seruitium annuum exhibitum est, hoc tamen tantum intelligendum est de tempore, quo salarium

larium *iure perfecto* peti poteſt. Aliud enim eſt, quando dies ſalarii cedat, et aliud, quando veniat, ſeu exigi poſſit. Recte cenſet ICtus in *l. 10. pr. de ann. legat. tam laborem, quam pecuniam diuiſionem recipere*, et ita quatenus miniſterium, pro quo annuum ſalarium promiſſum, præſtitum eſt, eatenus ius in ſalarium ſucceſſiue conſequitur ſalariarius, quamuis, die veniente, id demum exigere queat. Et hoc non tantum iuris eſt in miniſteriis *quotidianis*, ſeu quæ quotidie ſua natura præſtantur, ſed etiam, quæ licet non quotidie præſtentur, poſſunt tamen, ſi exiguntur, quotidie præſtari, veluti ſi aduocatis et medicis annua ſalaria præſtantur. Hoc enim rurſus actum cenſetur, vt ſiue quotidie miniſterium præſtiterint, ſiue tantum certis anni interuallis, vt tamen dies ſalarii pro rata anni cedat, cum ſufficiat, quod per eos non ſteterit, quo minus operas ſuas præſtarent *l. 19. §. 9. l. 38. D. locati.*

§. X. Inde ratio *deſeruiti anni* ſeu *promeriti ſalarii* dependet, de quo nunc ſpecialius agendum. Dicitur enim *ſalarium promeritum*, quatenus dies eius ceſſit, et ſalariario, pro rata anni et miniſterii præſtiti annui, ius perfectum in ſalarium quæſitum eſt, quocunque demum tempore exigi queat. Quamuis enim, finito anno, in commoda integra demum ei ius perfectum quæſitum ſit, hoc tamen, cum labor annuus diuiſionem recipiat, non impedit, quo minus pro rata ſeruitiorum annuorum præſtitorum ſalariario ius in commoda ipſi promiſſa acquiratur, cuius tunc potiſſimum ratio habetur, ſi intra annum ſalariarius decedit, vel miniſterium deponit, vel ei reſignare iubetur. Hoc caſu enim potiſſimum in quæſtionem venit, *quantum ex commodis vltimi anni ei vel eius heredibus debeatur?* Tantum ſcilicet, in quantum ius quæſitum habet in commoda, ſalarii nomine, præfinita, id quod ex anni ratione, quo miniſterium exhibuit vel exhibere paratus fuit, æſtimandum

Vnde ratio ſalarii deſeruiti, ſeu promeriti dependeat.

Quod etiam vocatur annus deseruitus, de quo agitur specialius. mandum est. Vocari alias etiam solet *annus deseruitus*, non, quod in totius anni salarium ius quaesitum habeat, si intra anni spatium moritur, sed quod pro ratione anni, quo *deseruiit*, seu *seruitia* praestitit, commoda ipse vel heres eius consequatur, sicut *annum gratiae* dicere solemus, quod commoda annua non in totum, sed pro parte, vt plurimum dimidia, debeantur. Antiquis enim hic terminus vsitatus et inprimis illis applicatus fuit, qui seruitia pro certo salario vel annuo commodo praestant. AVBERTVS MIRAEVS *lib. I. donat. Belgic. c. 127.* diploma de anno 1303. sistit, quo haec inter alia occurrunt: *Si contingat vicarium esse presbyterum, loco presbyteri canonici absentis, iste presbyter vicarius habebit XV. libras Turonenses de praebenda presbyteri canonici absentis, PRO ANNO, QVOD DESERVIERIT pro absente*, h. e. quatenus pro absente ministeria sacra praestitit. In iure feudali quoque itidem hic vsus loquendi occurrit, vti constat ex *1. Feud. 21.* vbi dicitur: *Vel si dominis suis DESERVIRE noluerint, tunc condictio caussa data proponitur ad repetendum fundum, ex quo non seruit domino*, cum feudum instar *salarii* vasallo debeatur pro seruitiis.

Differentia anni deseruiti ab anno gratiae §. XI. Sicuti ergo *annus deseruitus* primario fructus et commoda vltimi anni respicit, quatenus dies cessit, seu defunctus seruitia praestitit; ita *annus gratiae* fructus, annum deseruitum finitum insequentes, concernit, et longe diuerso nititur fundamento. Illius finis huic initium praebet: ille ex ratione naturali cognosci et circumscribi potest, non hic, qui iuris mere *positiui arbitrarii*, non *vniuersalis*, est: ille heredibus quibuscunque debetur, ob ius defuncto in commoda vltimi anni *pro rata* competens, sed hic non aliis, quam quibus singulariter concessum est. Hic mera *gratia*, ille *iure perfecto* nititur. Addunt nonnulli, putantque, *annum deseruitum*

inde

inde dictum fuisse, quod vltimi anni, quo defunctus diem obiit supremum, fructus integros contineat, vt annus gratiae demum ad annum insequentem referri debeat. STYPMAN. *de salar. cleric. c. XI. n. 17.* ERNEST. COTHMAN. Resp. *46. n. 1.* Verum qui ita sentiunt, tantum de *iuris ciuilis* dispositione, a qua hoc capite abstrahendum esse iudico, loquuntur, quod vtique potuit plus indulgere heredibus, quam alias ex *ratione naturali* petere potuissent. Vnde etiam STYPMAN. *cit. l. n. 27. seqq.* fere tantum ad rationes ciuiles prouocat, quamuis non ita comparatas, vt iis tuto fidere queas. Quicquid sit, de *ratione naturali* tantum in capite praesenti disputo, an vero de *iure ciuili* heredes omnes et singuli, an vero quorundam officialium tantum, plus consequi possint; capite sequenti enucleabo. Sane ex recta ratione nullum argumentum concludens deduci potest, quo heredibus defuncti officialis ius in vniuersos fructus et integrum anni vltimi salarium attribuere queamus, si intra anni spatium decedit salariarius, quum salarium annuum officialibus assignetur non simpliciter, sed pro ministerio annuo, quod vel quotidie exhibuere, vel exhibere debuissent, si ad hoc euocati fuissent. Nam etiam hoc *quotidianum* dicitur, quod quotidie praestandum esset, si is, cuius interest, id exegisset. *l. 1. §. 2. de aq. quotid. et aest.* Immo idem dicendum esse reor, si officia et ministeria non sint *quotidiana*, sed per certa temporum interualla cuiusque anni praestanda: nam nihilominus intuitu illius *ministerii annui* praestantur, adeoque pro modo officii praestiti tantum debentur. Neque enim amplius *compensatio* peti potest, si causa, propter quam haec debetur, desiit. Neque obstat, quod euentus mortalitatis nemini imputari queat; neque enim ita defuncto imputatur in poenam, sed cum salarium ipsi tantum vsque ad vitae tempus concessum est, et quidem intuitu officii, quod praestitit, ratio recta

 docet,

docet, tantum deberi salarium, vsque dum vixit, non vero etiam post mortem, qua eueniente fundamentum omne salarii debiti statim cessat: cessante enim caussa, cessat effectus.

Anni gratiae peculiaris ratio euoluitur. §.XII. Diuersa prorsus est ratio *anni gratiae*, quod vel ipsa denominatio indicat, ostenditque, ex mera *gratia*, non *debito iustitiae*, quod in *anno deseruito* adest; eum heredibus deberi. Neque tamen vna eademque eius est ratio, sed potius ad primordia eius recurrendum, indeque, quibus et quatenus debeatur, diiudicandum. In capitulis *annus gratiae* potissimum ideo introductus est, vt decedentis canonici creditoribus inde satisfiat, si forsan graui aere alieno obrutus decedat; et *quibuscunque heredibus* plerumque debetur, si in compensationem annorum carentiae introductus est. Apud AVBERTVM MIRAEVM *in codi piarum donat. c. 45.* occurrit diploma de anno 1047. quo comes Brabatensis fundat collegium Canonicorum in vrbe Bruxellensi, et inter alia haec addit: *ad hoc etiam concessi illis, vt vnusquisque fratrum ipsorum post vitae suae spatium per annum integrum praebendam suam cuicunque sibi placuerit, relinquat.* *cum etiam canonici primis annis carere debeant.* Vt plurimum itaque determinatio *annorum gratiae* debetur fundationi beneficiorum, cui variae leges datae, et inde plura noua iura orta sunt. Accesserunt etiam statuta capitulorum, et pacta canonicorum, quibus multa itidem innouata. Nec hoc iuri canonico refragari, plenius docet NICOLAVS GARCIAS *P. XI. de benefic. c. XI. n. 138.* et PETRVS LEVRENIVS *in foro benefic. p. III. qu. 103.* vbi prouocant ad decisionem rotae *quod a iure canonico non abhorret.* huius tenoris: *Domini censuerunt, quantum ad fructus primi anni post obitum beneficiati, eos deberi eius heredibus, praesupposita consuetudine, quod beneficiati primo anno non percipiant fructus beneficiorum, sed eorum solutio differatur post eorum obitum*

tum, quam consuetudinem informantes, pro heredibus dicunt esse notoriam, et si opus fuerit, se comprobaturos, quae ideo videtur introducta, vt prouideri possit de his, quae ad sepulturam sunt necessaria, quam plerumque ob inopiam defuncti negligunt cum magno ordinis ecclesiastici dedecore. Addit in sequentibus, eatenus consuetudinem iure canonico improbari, quo fructus applicantur mensae episcopi vel capitulari; *secus vero,* pergit, *vbi fructus reseruantur heredibus ex caussa non solutionis fructuum primi anni, quae consuetudo nullam habet iuris resistentiam, imo potius assistentiam, ex supra deductis, cum sit potius dilatio solutionis, quam dispositio fructuum ad alium spectantium.* Illustrari hoc commode potest ex responso Facult. ill. Iurid. huius loci. Hat ein gewisser in coelibatu lebender Caualier vor einigen Jahren in einem bekannten der Evangelischen Religion zugethanen hohen Stiffte eine praebende titulo oneroso acquiriret, und da er das verwichne Jahr, 8. Wochen daselbsten residiret, seine gnädigste Herrschafft ihn zurück gefordert, auben verschaffet, daß das capitulum wegen der zurückständigen 9. Wochen, da er noch residiren müssen, mit ihm dispensiret, und ihn pro forma eine Commission ertheilet, laut Beylage sub B. C. D. Ist aber derselbe auf der Hinreise in einer gewissen Stadt gestorben, und dessen Brüdern, welche sich als heredes ab intestato wegen der prouentuum anni gratiae bey dem Capitulo melden, von demselben dispüt gemacht, und solche ihnen gantz denegiret worden, dahero, was hierin Rechtens, gefraget wird. Ob nun wohl das capitulum vor sich anführet, daß in anno 1671. von denen damahligen Herren Capitularen ein gewisser recess gemacht, vermöge dessen, wenn ein capitularis, bevor er annum residentiae erfüllet, und annum deseruitum zurück geleget, versterben würde, alsdenn dessen hinterbliebenen Wittwen und Kindern prospiciret, und ihnen annus gratiae assigniret, expresse aber dabey ausbedungen worden, daß solcher Vergleich auf collateralische und

Illustratur haec doctrina responso.

auswärtige Testaments-Erben nicht zu extendiren, welchen Vergleich auch der Verstorbene unterschrieben, und dadurch seinen collateralibus praeiudiciret; welchem noch beyzutreten scheinet, daß bey den Protestirenden fast durchgehends der annus gratiae auf Wittwen und Kinder restringiret, hergegen collaterales und extranei heredes davon ausgeschlossen werden.

CARPZ. *lib. I. Iurispr. consist. D. 217. sqq.*
RAVCHBAR. *p. 1. qu. 25. n. 14.*
FINCKELTHAVS *de Iure patron. C. 6. n. 3.*
STRYK. *de anno gratiae C. 3.*

Dahero obwol in denen statutis capitularibus der Erben generaliter Meldung geschehen, doch solches pro substrata materia dergestalt zu interpretiren, daß solcher verstanden werden müssen, welche des anni gratiae fähig seyn können. Dieweil aber dennoch der annus gratiae bloß ex priuilegio dependiret, und dabey keine Vniuersal-Regel durchgehends gemachet werden kan, absonderlich aber, daß derselbe auch denen collateralibus mit zu gute kommen, bey vielen capitulis eingeführet ist, zumahl schon lange vor der reformation und im 12ten seculo der annus gratiae in einigen capitulis bekannt gewesen,

WEHNER. *in obseru. voce* Gnaden-Jahre.

und zu der Zeit derselben Witwen und Kindern nicht einsten zukommen mögen, sondern solcher annus gratiae vornemlich anfänglich dazu eingeführet werden, daß des defuncti capitularis Schulden davon desto besser abgetragen würden.

SCHATEN. *in annalibus Paderborn. ad ann. 1293. p. 177. et ann. 1295. p. 180.*
WEHNER. *in obseru. v. l.*

Und da nun solche obligation bey denen protestirenden Stifts-Personen heute zu Tage denen Erben überhaupt oblieget, es also auch billig ist, daß der annus gratiae denen collateralibus so wohl als Kindern zu gute kommen müsse, da paritas rationis in beyden Fällen zu

zu finden, und so wohl die Kinder als collaterales des defuncti Schulden bezahlen müssen, dahero auch von dieser praxi capitulorum selbsten die Pontificii behaupten, quod annus gratiæ cedat domui mortuariæ,

ESPEN. *in iur. eccles. p. 2. tit. 23. c. 8. §. 9.*

et quod valeat consuetudo, vt primi anni fructus post obitum defuncti canonici cedant eius heredibus,

c. 2. in extrau. Ioh. XXII. de elect.

BARBOSA *ad cit. text. n. 2.*

in welcher Erwegung dann, was bey den Pfarren in den protestirenden Kirchen eingeführet worden, zu keiner consequentz gezogen und auf hohe Stiffter appliciret werden mag, absonderlich, da bey diesen carentz Jahre eingeführet sind, vi cuius canonici noui primi anni reditibus carere compelluntur, et loco huius heredibus eorum anni vnius post mortem reditus relinquuntur,

cit. c. 2.

WAMES *cons. iur. Pontif. 234. n. 8.*

STRYK. *de anno gratiæ c. 3. inf.*

welche ratio bey den Pfarren und andern geistlichen Aemtern cessiret, und dahero der annus gratiæ billig bey denselben restringiret werden müsse, wie denn auch der verstorbene von Adel, in der sub lit. A. befindlichen Beylage, sich zu den carentz-Jahren verpflichtet gemacht, dahero aus den itzo angeführten Gründen deutlich erhellet, daß die verba statuti capitularis, so der Erben indefinite gedenken, billig auch von denen collateralibus zu verstehen sind, zumahl daselbst folgender Gestalt disponiret wird c. 9. §. 7.

Decani et cuiusuis canonici capitularis defuncti heredibus prouentus decanales vel canonicales, quos defunctus habuit vltra annum deseruitum, per integrum adhuc annum, qui gratiæ vocatur, debentur.

 und

und mag hieber, was in recessu de anno 1671. beliebet worden, nicht gezogen werden, als welcher recess das angeführte statutum capitulare nicht aufhebet und restringiret, sondern in faveur der Wittwen und Kinder dasselbe dergestalt extendiret, daß, wenn der verstorbene capitularis den annum residentiæ tempore mortis völlig deservirt, alsdenn dessen Kinder und Wittwe ultra annum deservitum 2. annos gratiæ, im Fall aber derselbe ante tempus residentiæ completum versterben sollte, alsden die Wittwe und Kinder nur den annum deservitum pro rata nebst denen revenuen des anni gratiæ geniessen solle, von welcher neuen disposition des duplicis anni gratiæ allein die collaterales ausgeschlossen sind, auch solcher recess, als welcher contra statutum capitulare ist, billig restringiret werden muß, ne nimium ab eo recedat.

So erhellet hieraus allenthalben so viel, daß des verstorbenen capitularis Brüdern der annus capitularis billig zu gute kommen müsse. V. R. W.

Annus gratiæ quandoque debetur tantum viduæ et liberis defuncti.

§. XIII. Quandoque etiam debetur *annus gratiæ*, etiamsi defunctus primi anni reditus perceperit, ex singulari privilegio certis personis indulto, ex ratione miserationis, qua legislator motus, erga *viduam liberosque* defuncti. Atque hic ipse *annus gratiæ* est, qui in ecclesiis protestantibus debetur, non quibuscunque heredibus, sed tantum viduæ liberisque, cum in reliquis heredibus cesset ratio prædicti privilegii. STRYMAN. *de salario cleric. c. XI. n. 61. seqq.* STRYKIUS *de anno gratiæ c. 9.* Non raro enim contingere solet, ut pastorum viduæ liberique parum vel nihil lucrentur ex hereditate paterna, reditibus ecclesiarum protestantium admodum diminutis; Inde legislatores iis prospiciendum esse censuere, ut post mortem patris maritique adhuc reditus parochiales vel ad integrum annum vel ad semestre spatium percipiant, in solatium mœ-

roris,

roris, quo afflicti, & indigentiæ, cum qua vt plurimum iis colluctandum est. Non tamen *iure hereditario* hoc lucrum acquirunt, sed *iure* plane *singulari*, adeoque etiam tunc liberis debetur, si renunciauerint hereditati paternæ, et viduæ, si dotem repetiit, repudiata portione hereditaria, qua de re fusius agunt STRYKIVS *cit. l.* CARPZ. *lib. I. iurispr. consist. def. 183. seqq.* FINCKELTHAVS *de iure Patronat. c. VI. n. 93. sqq* SCHILTER *instit. iur. canon. lib. 1. c. 18. §. 17. seq.* BRVNNEMAN. *de iure eccles. lib. II. c. 5. §. 12. et c. 13. §. 2. sqq.* STYPMAN. *de salar. cleric. c. XI. n. 36. seqq.* LYNCKER. *resp. 42.* RAVCHBAR. *P. I. qu. 25.*

§. XIV. Quæ cum ita sint, euidens est, ante omnia eruendum esse terminum *ad quem* anni deseruiti, vt de termino *a quo* anni gratiæ constare queat. Naturalis terminus *ad quem* anni deseruiti est depositio officii, siue morte, siue alia ratione illud expiret, quia eousque dies salarii, quod diminutionem recipit, cessit. Quod si ita salarium consistit in pecunia numerata, aliisque rebus fungibilibus, veluti præstatione frumenti, pro rata anni vltimi debentur hæc emolumenta. Anni autem initium computandum ab eo tempore, quo officium suscepit, non quo ad officium vocatus est, quia *vocatio* tantum *titulum* officii legitime suscepti denotat, ipsa autem officii susceptio instar est *traditionis*, qua possessionem vel quasi officii demandati, pro quo salarium soluitur, impetrat. Sicuti itaque annus duodecim mensibus absoluitur, ita nihil magis naturale est, quam vt salarium in duodecim partes distribuatur, et quot mensibus vltimi anni officium gessit, tot etiam partes salarii accipiat. Vtpote siquis circa initium mensis Augusti officium suscepit, et d. 27. Februarii decedit, septem partes salarii, in duodecim partes diuisi, iure suo petitnt heredes: vel si solutio eius in singulos anni quadrantes est diuisa,

Terminus ad quem anni deseruiti est depositio officii.

anni initium computandum a die suscepti officii.

et sic pro rata anni vltimi debetur salarium.

pro

pro rata illius quadrantis promeritum salarium præstandum est. Interim, quod æquitas suadet, non adeo subtiliter inquirendum esse iudico, vtrum in fine an medio mensis decesserit salariarius, cum officiorum non sit vna eademque ratio, et contingere queat, vt laborem istius anni vel quadrantis quoad maximam partem absoluerit, et diuisio quædam arithmetica non adeo commode hic institui queat, quod etiam olim censuere ICti in diuisione fructuum prædii dotalis vltimi anni, diuidendorum inter heredes mariti et vxorem, *in l. 7. D. solut. matrimon.* Immo si ante mortem labor integer istius quadrantis iam esset præstitus, sine dubio quoque integrum salarium istius quadrantis præstandum foret. Sunt quædam iudicia, quæ tantum sub initium cuiuscunque anni quadrantis ad quatuor hebdomadas aperiuntur, postmodum clausa sunt; si itaque assessores huius iudicii operam suam istius quadrantis præstitere, integrum quoque salarium istius quadrantis heredibus debetur, si vel maxime statim, postquam dies iuridici exierunt, decesserint, et adhuc duo menses istius quadrantis supersint.

quod. declaratur.

Quomodo fructus vltimi anni diuidantur, qui certo anni tempore percipiuntur.

§. XV. Maior difficultas emergit in diuisione fructuum vltimi anni, qui demum certo anni tempore percipiuntur, vt contingit in *beneficiis ecclesiasticis*, quorum reditus vt plurimum in decimis, pensionibus, vel fructibus naturalibus constant. Hoc expeditum est, in his non esse respiciendum ad messem, vtrum ante an post illam salariarius decesserit? cum reditus hi non debeantur *absolute*, sed *intuitu ministerii*, quod salariarius præstitit, quo casu pro rata eius diuisio instituenda, vt optime docet ILL. COCCEIVS *diss. de iure femin. sect. III. §. 24. seq.* quod etiam ICti Romani, ductu naturalis rationis, statuendum esse censuere in reditibus vltimi anni *prædii dotalis*, cum

cum maritus in matrimonio fructus percipiat pro onere matrimonii, *l. 7. D. solut. matrim.* Proinde, meo quidem iudicio, (omissis accidentalibus seu sportulis, quippe quæ pro singulis ministeriis debentur, et sic præstito ministerio statim percipiuntur) reditus certo tempore percipiendi, per vniuersum anni spatium coaceruandi et computandi, siue ante, siue post mortem salariarii dies eorum venerit, et coaceruatione hac facta, statuendum, quantum heredibus defuncti vel ex futura vel ex iam facta messe debeatur. Cum enim hi fructus in vicem salarii cedant, eadem quoque ratio in his habenda, quæ est salarii in pecunia numerata consistentis, habita impensarum in messem factarum ratione.

§. XVI. Forsan tamen dubitari posset, quodnam anno in hoc casu dandum sit initium, an ex quo officium suscepit, an vero illud, quod natura prædiis fertilibus præstituisse videatur, qualis videtur esse terminus Michaelis? Annus enim quoad *prædia rustica* fertilia aliter vulgo computari solet, aliter quoad alia negotia. Ibi annum incipiendum esse volunt a Septembri, vt in Augusto terminetur, *propterea quod*, vt ait CARPZOVIVS *lib. I. iurispr. consist. def. 197. n. 2. hoc tempore, omnibus pene totius anni fructibus perceptis, ager de nouo in annum futurum coli incipiatur*, quod etiam defendere solent Feudistæ *ad 2. Feud. 28. c. 1.* Si ergo hæc computatio anni *naturalis* est, ex conditione ipsius rei desumta, vix certior terminus meliorque computandi anni ratio dari poterit, vt putat CARPZOV. *cit. l. n. 3.* Ab hac computatione diuersa est, quando anni initium simpliciter ponitur a *tempore suscepti officii*, quæ computatio itidem ratione naturali non destituitur, eamque olim Romani secuti esse videntur in *l. 7. D. solut. matrim.* Cum enim ab

Dubia circa computationem anni, quando fructus ex prædiis rusticis debentur.

vtrum initium eius Septembris mense inchoandum?

an simpliciter a tempore suscepti officii?

ab hoc tempore dies lucrorum, in vicem salarii assignatorum, cedere incipiat, a recta ratione non abhorret, etiam ab hoc tempore anni initium statuere, et computationem fructuum ab hoc tempore instituere. Vt diuersitas huius computationis eo euidentior sit, res declaranda erit exemplo. Ponamus, d. 1. Martii pastorem ecclesiasticum suscepisse munus, et circa finem Augusti decessisse, quaestio enascitur, quantum ex reditibus praediorum ad *deseruitum annum* pertineat? Si initium anni incipiendum esse ais a festo Michaelis, pene omnes fructus istius anni heredibus attribuendi sunt, excepta tamen duodecima eorum parte, quia fere vltimus annus expletus est ante mortem pastoris. Si vero a tempore suscepti muneris anni initium computabis, initium anni erit Mensis Martii, et finis eius in Februario collocari debet. Proinde cum tantum per sex menses vltimi anni in adducto casu vixerit, tantum dimidia redituum fructuumque anno deseruito adsignanda erit.

Ratio vtriusque diuersa computandi.

§. XVII. Cum ergo ratio computandi vtroque casu diuersissima sit, et vtraque ratione quadam naturali nitatur, videndum paucis, quaenam magis naturalis dicenda sit? Posteriorem computationem praeferendam esse censeo, quia (1) ita comparata est, vt quibuscunque reditibus et lucris diuidendis recte inseruire queat. Prior tantum applicari potest ad fructus *praediorum rusticorum*, praeter quos hodie vt plurimum alia lucra certo tempore salariario praestanda sunt, praesertim in pagis, in quibus quorundam dies venit die Luciae aut Martini, quorundam festo trium regum, quorundam tempore paschatos, et ita porro. Quod si itaque pro termino computationis *festum Michaelis* assumendum esse censemus, aliter annus computandus in fructibus agrorum, aliter in ceteris lucris; quae diuersitas difficultate non caret. (2) Accedit, quod ne quidem

Quaenam computatio magis sit naturalis. Posterior ex multis argumentis praeferenda.

tempore Michaelis omnes prædiorum rusticorum fructus collecti sint, sed quidam adhuc post illud colligantur, vti vel ex vindemia constat. (3) Nec ratio computandi certa hic constituitur, dum Feudistæ anni initium in auspicio, alii in fine Septembris collocent, alii forsan ad finem Octobris recurrendum esse iudicare optimo iure possint, propter vindemiam, quæ eo mense adhuc instat. Denique (4) posterior computatio eo certior est, quod in ea habeatur ratio gesti muneris et suscepti ministerii, propter quod lucra hæc debentur, ideoque, deficientibus aliis legibus prouincialibus, merito adsumenda sit.

§. XIIX. Scilicet hunc in finem ad rationem naturalem ante omnia hic recurrendum esse iudicamus, quia hæc doctrina in legibus prouincialibus non semper definita est, nec in iure communi sufficientia subsidia deprehenduntur, quibus tuto inniti queamus. Deficiente autem lege ciuili, standum erit naturali rationi, vt pote cui lex ciuilis quidem aliquid addere vel detrahere potest, *l. 6. de I. et I.* quo tamen non facto, ei simpliciter standum erit. Inprimis quotidie difficultates hic emergunt, quando de diuisione fructuum, pastoris decedentis heredibus debitorum, quæstio mouetur, vbi plerumque ad CARPZOVIUM confugere solent, si ordinationes ecclesiasticæ modum computandi non determinant, sed, meo quidem iudicio, non adeo congrue. Explicat CARPZOVIUS *lib. I. iurispr. consist. cit. def.* modum computandi secundum specialem iuris Saxonici dispositionem, quæ tamen aliis locis legem haud præscribit, adeoque nec applicari debet. Accedit, quod difficultate non careat, prout antea dixi, adeoque pro norma decidendi adsumi tuto nequeat. Ad specialiores conclusiones hic *Quare ad naturalem computationem inprimis hic recurrendum.*

hic non descendam, quæ in casibus, sequentibus capitibus explicandis, rectius afferri et illustrari queunt.

CAPVT II.

DE ANNO DESERVITO CIVILI.

ARGVMENTVM.

I. II. An totius anni reditus ad heredes transeant, licet annuum officium non sit præstitum? Affirmantium sententia. III. Distinctiones aliorum in hoc argumento. IV. Negantium sententia. V. Argumenta sententiæ affirmantis petita ex L. 1. §. 13. D. de extraord. cognit. VI. 2) ex L. 15. §. 1. C. de aduoc. diuers. iudic. VII. 3) ex L. 4. D. de offic. Asses. VIII. 4) ex L. 3. C. de agent. in reb. IX. 5) ex L. 1. C. de primipil. X. 6) ex L. 11. C. de proxim. sacror. scriniør. XI. 7) ex L. 10 §. 1. D. de legation. XII. 8) ex L. vlt. C. de domest. et protect. XIII. 9) ex latiori beneficiorum interpretatione. XIV. 10) ex natura debiti annui, cuius dies cedit ab initio anni. XV. 11) ex fine salarii, quod pro dignitate et eruditione non pro opera præstetur. XVI. 12) ex communi doctorum opinione. XVII. Contraria sententia adstruitur, XVIII 1) ex naturali ratione, XIX 2) ex L. 14 et 16. §. 8. C. de erogat. milit. annon. XX 3) ex L. 10. pr. D. de ann. legat. XXI. 4) quod contrarium iure speciali in nonnullis casibus tantum cautum sit. XXII. 5) ex L. 7. D. solut. matrim. XXIII 6) quod officio extincto salarium non

amplius

amplius debeatur. XXIV. *Consensus Vsus forensis,* XXV. *et iuris prouincialis Saxonici.* XXVI. *Sententia L. 1. §. 15. de extraord. cognit. expenditur.* XXVII. *Ius aduocatorum fisci in L. 15. C. de aduoc. diu. iud. ius singulare constituit.* XXVIII. *L. 4. D. de off. Assess. explicatur.* XXIX *L. 3. C. de agent. in reb. magis ad tuendam sententiam facit.* XXX. *L. 1. C. de primipil. priuilegium primipilatus tradit.* XXXI. *Simile priuilegium est in L. 11. C. de Prox. sacror. scrin. et in L. vlt. C. de domestic.* XXXII. *Legati et annui salarii differentia.* XXXIII. *Quatenus salarium ex beneficii indole aestimari possit?* XXXIV. *Ab annuo legato ad salarium inidoneum ducitur argumentum,* XXXV *aeque ac a pensionibus.* XXXVI. *De vi communis doctorum opinionis.* XXXVII. *De termino computandi annui salarii. Non ducendus a tempore vocationis,* XXXVIII *sed a die acquisiti et suscepti muneris.* XXXIX. *De termino ad quem anni deseruiti.*

§. I.

Continuatio dicendorum.

QVamuis, quae *cap. antec.* adducta sunt, rationi naturali consentanea sint, non sunt tamen iuris *praeceptiui, et immutabilis*, sed ita comparata, vt legislator *ciuilis* iis aliquid *addere* vel *detrahere* queat. Quod qua ratione factum sit, sigillatim ex iure *ciuilis, ecclesiastico* et *feudali* inuestigabo, moribusque variis, huc conspirantibus, illustrabo. Et quidem vt a iure *ciuili* incipiam, quaestio capitalis huc redit, vtrum *ius ciuile*, quod primario pro obiecto habet *negotia ciuilia*, feudalibus et ecclesiasticis contradistincta, hac in doctrina aliquid immutauerit, et annum deseruitum aliter ac quidem capite antecedente definitus est, determinauerit?

Interpretes iuris ciuilis in hac quaestione admodum variant.

§. II. Non satis sibi hac in doctrina constare Doctores et interpretes, conclamatum est. Quidam negant, quidam aiunt, quidam distinguunt, sed ita, vt magis cum affirmantibus conspirare videantur, et ab illis non adeo separandi sint. Antequam argumenta singulorum euoluam excutiamque, patronos caussae vtriusque primarios nominabo, vt etiam his satisfaciam, qui auctoritatibus magis quam argumentorum pondere certare videntur. Qui affirmatiuam sententiam tuentur, in ea sunt opinatione, *totius anni reditus* et emolumenta ad *heredes* transmitti, si vel maxime salariarius mox post ingressum eius decesserit. Huius sententiae patroni sunt ACCVRSIVS *in gl. ad. l. diem functo. 4. D. de offic. assessor.* IOANNES BAPTISTA *in repetit. ad cit. l. n. 33. sq.* IACOBVS DE NIGRIS *ad cit. l. n. 30. sq.* SEBASTIANVS SAPIA *ad cit. l. n. 15. sqq.* HIERONIMVS CAGNOLVS *ad eandem l. n. 61. seqq.* BARTOLVS *ad cit. l. 4. et in l. fin. C. de domest. et protect. XII. 10.* BOLOGNETVS *ad c. l. n. 45. seqq.* DECIVS *cons. 7. &c.* Veteranos hosce plures quoque, qui recentioris aetatis sunt, sequuntur, vt GAILVS *lib. I. obseru. 44. n. 12.* MYNSING. *3. obs. 8.* COLER. *decis. 201. n. 8.* RAVCHBAR. *P. I. qu. 25.* CARPZOV. *P. II. c. 5. def. 10. n. 1. et P. III. c. 51. def. 12. n. 4. sqq.* COTHMANNVS *resp. acad. 40. n. 1.* IACOB. GOTHOFRED. *de salar. c. VI. §. 22.* LAVTERBACH. *de salar. §. 44.* STRYK. *ad ius eccles. Brunnem. lib. 2. c. 5. §. 10.* STYPMANN. *de salar. cleric. c. XI. n. 12. seqq.* MARTINI *in processum Saxon. tit. 42. §. 5. n. 3. seqq.* Cardinal. DE LVCA *tom. XII. theatr. verit. et iustit. de tutor. disc. 18. n. 5.* Et vt vno verbo dicam, sententia haec fere communis est.

Quidam annum deseruitum ad finem anni extendunt.

Quidam varie distinguunt.

§. III. Nonnulli distinguunt, parum tamen recedentes a castris affirmantium. Horum mentem explicat MEVIVS *P. IV. Decis. 200.* et distinguit duos casus: (1) si lege vel pacto con-

constituta vel conuenta sint annua salaria, et quidem ita, vt conditio operarum iis non sit annexa, quo casu annum coeptum haberi vult pro impleto, vt transmittatur ad heredes, et residuum anni vltimi ad *deseruitum* spectet. (2) Si nec lege, nec pacto salarium annuum assignatum est, sed pro *labore et opera* petitur, tunc tantum vult operarum haberi rationem, quale exemplum a stipendiis militum petit in *l. 14. C. de erog. milit. ann.* *Vbi*, ait, *n. 7. artium liberalium professio et exercitium ex lege vel pacto non habet certum et ordinarium salarium, ibi tantum capitur et petitur, vt laboris redhostimentum, quocirca laborem superare non est aequum.* Alii distinguunt inter diuersam conditionem operarum, vt ob *illiberales* quidem tantum salarium vel potius merces debeatur pro rata laboris, et ita totius anni ratio non habeatur. Diuersum vero ius attribuunt salariis, *quae ob operam vel officium liberale magis honoris vel beneficii remunerandi, quam laboris compensandi gratia praestantur, indeque honoraria, honorariae summae et honores appellantur*, vt vtar verbis RAVCHBARI *cit. l. n. 16.* et in hanc distinctionem plerique in §. *anteced.* laudati inclinant. Alii videndum esse, quid actum sit inter partes, affirmant, ita, vt si *simpliciter* promissum sit annuum salarium, illud *per totum annum* etiam simpliciter debeatur, si vel maxime intra illud impeditus vel mortuus fuerit: si vero sub expressa conditione promissum: *si operae praestentur*, non aliter debeatur, quam *operis praestitis*, quia supponit existentiam conditionis, GAILIVS *Obs. 44. n. 13.*

§. IV. Pauciores in negatiuam inclinarunt, neque enim forsan e re ICtorum fuit, hanc defendere, tum, quod crederent, iniuriam inferri salariatiis, liberalia studia exercentibus, si cum mercenariis paria haberent iura: tum etiam quod pa- *Quidam annum deseruitum ad diem obitus restringunt.*

rum

rum proficua heredibus suis hanc esse duxerint opinionem, cum naturale sit, vt plerisque magis arrideat illa sententia, quæ ipsis eorumque heredibus prodest, quibus singuli etiam prospicere solent. Sed propterea non statim reprobanda est hæc sententia, quod paucioribus instructa sit patronis: habet hæc fata etiam *veritas* vtplurimum, et admodum paucos inueniat asseclas. Quis *virtutem* a *vitiis* dignoscet, si ex numero sectatorum dignitatem rei æstimabis? Dabimus itaque etiam huic sententiæ quosdam aduocatos. Primus sit CAECILIVS STRABO, qui tempore PLINII II. hanc caussam egit et obtinuit. Refert PLINIVS *lib. IV. epist. 12.* seriem rei gestæ his verbis: *Cum in prouinciam quæstor exisset, scribamque, qui sorte obtigerat, ante legitimum salarii tempus amisisset, quod acceperat scribæ daturus, intellexit et statuit subsidere apud se non oportere. Itaque reuersus, Cæsarem, deinde, Cæsare autore, senatum consuluit, quid fieri de salario vellet. Parua, sed tamen quæstio est. Heredes scribæ sibi, præfecti ærario populoque vindicabant. Acta causa est: Dixit heredum aduocatus, deinde populi: vterque percommode. Cæcilius Strabo ærario censuit inferendum: Bæbius Macer heredibus dandum, obtinuit Strabo.* Ne vero statim in limine obiiciatur, agi hic de casu plane alieno, h. e. de *ministerio scribarum vilissimo* et *mercenario*, adeoque in exemplum adduci non posse, paucis tantum addo, agi hic *de scribis publicis quæstoriis*, quorum ordo *honestus* erat. Ait CICERO *orat. III. in Verrem cap. 79. Ordo est honestus, quis negat? aut quid ea res ad hanc rem pertinet? Est vero honestus, quod eorum hominum fidei tabulæ publicæ, periculo magistratuum committuntur.* Idem in *Orat. pro domo sua* prouocat ad testimonium *ordinis equestris et scribarum*, de beneficiis suis in rem publicam collatis. *Scribæ,* ait, *qui nobiscum in rationibus monumentisque publicis versantur, non obscurum de meis in rempublicam beneficiis*

Quod olim in foro Romano in contradictorio assertum.

ficiis

citi suum iudicium decretumque esse voluerunt. Imbecillitatem iudicii prodidisset TVLLIVS, si in nulla fuissent dignitate positi scribae, et tamen ad eorum testimonium, nullius sine dubio auctoritatis futurum, prouocasset. Conf. SAMVEL PITISCVS *in lexic. antiq. Rom. voce Scriba quaestorius*, GVTHERIVS *de iure Pontific. veteri lib. 2. c. 13.* AERODIVS *lib. 2. rer. indic. tit. 9. c. 11.* Reuertar ad interpretes iuris Romani antiquos et recentiores, qui a CAECILII STRABONIS parte stant, inter quos celebriores sunt, BERTRANDVS DE MONTE FAVENTINO, IACOBVS BVTRIO, SALICETVS, RAPHAEL FVLGOSIVS, CYNVS, BALDVS, quos commemorat, et in suas partes trahit ANDREAS ALCIATVS *in comment. ad l. 4. de offic. Assessor. n. 43.* qui negatiuam sententiam latius firmat. Hos sequuntur HENRICVS ZOESIVS *in comment. ad tit. de extraord. cognit. n. 4. et ad tit. de offic. assessor. inf.* BACHOVIVS *ad Treutl. P. I. disp. 8. th. 3. lit. C.* GROENEWEGEN *ad l. 15. C. de aduocat. diuers. iudicior.* LEONIVS *lib. VII. emendat. c. 7. n. 13.* FLOREZ DIEZ DE MENA *l. variar. quaest. 8. n. 54.* GERHARDVS FELTMANNVS *in comm. ad D. ad l. 4. D. de offic. assessor. n. 13. seqq.* CYPRIANVS REGNERVS *disput. XIX. ad instit. §. 15.* Cum his nouissime conspirat TITIVS *lib. IX. iur. priu. c. 8. §. 3.* vbi ita ait: *Naturae negotiorum bilateralium est conuenientius, vt eius temporis, quo quis operas praestitit, salarium saltem promeritum dicamus, nec puto in iure Romano aliud in genere constitutum esse, sed illud potius exceptiones quasdam dedisse arbitrer.* Equidem statim addere possem, huic sententiae quoque praxin fere vniuersalem respondere, sed de hac infra agendum, et ante omnia fundamenta prioris sententiae examinanda sunt.

Et ab interpretibus nonnullis defenditur.

§. V. Primum argumentum deducunt *ex l. 1. §. 13. D. de extraord. cognit.* Vbi ICtus ita: *Diuus Seuerus ab heredibus aduocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non*

Fundamenta eorum, qui salarium anni residui assi.

gnant heredibus, et quidem (1). ex l. § 13 de extraord. cognit.

non steterat, quo minus caussam ageret. Inde inferunt, hic adesse obligationem efficacem, eamque operari, vt non tantum *exceptio*, sed etiam *actio* detur; si enim actio ad petendum residuum salarium non haberet locum, repetitio eius, quod datum est, concederetur, quod tamen negatur in *cit. l.* Vbi enim non adest efficax obligatio ad retinendum, datur actio ad repetendum. *l. 9. §. 4. l. 15. §. 6. l. 19. §. 6. Locati.* Addunt, non posse dari rationem, cur non idem locum habeat in omnibus officialibus, *quia habent salarium*, ait BOLOGNETVS *cit. l. n. 46. propter expensas principaliter et dignitatem.* Accedit ratio generalis, quæ in *cit. l. 1.* occurrit, quod *per aduocatum mortuum non steterit, quo minus caussam ageret*, quæ adeo generalis est, vt nullum specialem casum præsupponat, quæ etiam repetitur in *l. 38. §. 1. D. Locati.* Nec obstare videtur, quod hæc lex non loquatur de *annuo salario*, nam si pecunia, quæ datur in vniuersum pro vna caussa, transmittitur ad heredes, nondum completa caussa, multo magis illud dicendum videtur in annua promissione; quæ debetur a principio anni *l. 1. C. quando dies legat. ced.*

(1) ex l. 15 § 1. C. de aduoc. diu. iudic.

§. VI. Secundum argumentum petitur ex *l. 15. §. 1. C. de aduocat. diuers. iudic.* vbi satis clara videtur esse decisio. *His quoque*, ait LEO, *illud adiiciendum esse statuimus, vt, si quis patroni fisci adeptus gradum fatalem diem obierit, vniuersa totius anni salaria, ex quo hoc idem officium peragere coeperit, ad heredes seu successores suos, siue liberi, siue extranei fuerint, transmittendi tam ex testamento, quam ab intestato liberam habeat facultatem.* Subodorati sunt assertores huius sententiæ, obiectum iri, in hac lege ius speciale seu priuilegium contineri, inde mox respondent, fisco ius speciale haud competere, nisi probetur, immo sufficere, quod loqua-

tur de *aduocato fisci*, et sic de *officiali publico* quouis accipi debeat, cum non possit adduci ratio quædam specialis, quæ in aliis officialibus, quibus debetur salarium, locum inuenire nequeat.

§. VII. Tertium fundamentum est in *l. 4. D. de offic. assessor.* adeo vt fere omnes interpretes, qui ad *h. l.* commentati sunt, hanc quæstionem mouerint, et inde decidendam esse crediderint. Igitur videamus verba ICti: *Diem functo legato Cæsaris, salarium comitibus residui temporis, quod a legatis præstitum est, debetur, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt.* conf. *l. 19. in f. D. Locati.* Lectiones admodum variant, vti veteres obseruant: quidam enim particulam *a* omittunt, quidam addunt. Sed vtroque casu argumentum tale inde deducunt: Si particula *a* delenda est, præsupponitur, salarium esse *præstitum* legato, vt soluat assessoribus, vt ita magis legendum sit *præstitum* quam *præstitutum*. Quod si itaque heredes legati assessoribus salarium residui temporis præstare debent, necesse est, vt ipsi quoque salarium residui temporis, quod legato præstitutum est, acceperint. Si vero legendum: *a legatis præstitutum*, nihil aliud inde colligi potest, quam salarium a legatis esse assessoribus præstitutum et præfinitum, adeoque non a fisco, sed a legatis soluendum Si vero hoc, rursus sequitur, vt legati heredibus quoque salarium residui temporis debeatur, quia alioquin grauari non possent onere præstandi salarium residui temporis assessoribus. (3) ex l. 4. D. de offic. assessor.

§. VIII. Quartum fundamentum occurrere putant in *l. 3. C. de agent. in reb. XII.* vbi de *ducenariis* ita LEO disponit: *Sit in æternum illa quoque fixa stabilisque tuæ sublimitatis di-* (4) ex l 3. C. de agent. in reb.

 dispositio

spositio, vt si quis de numero ducenariorum, quos quadraginta octo quotannis esse censuimus, forsitan de luce migrauerit, laborum eius fructum successores ab intestato vel ex testamento venientes, et lucrum dispensent, et ita omnibus inter ceteros superstites potiantur solatiis, tanquam si viuus, qui hæc eadem diu sperauerat, sibimet vindicasset, qua de caussa locum etiam ius successorum intuitu vocare, conuenit. Neque vero textum restringendum esse credunt ad salarium iam in vita eius promeritum, cum speciatim fiat mentio *salariorum, quæ iam diu sperauerat*, h. e. quorum dies nondum venerat, sed adhuc ob residuum tempus debebantur.

(n) ex l. 1. C. de primipil. §. IX. Vlterius prouocant *ad l. 1. C. de primipil. XII.* indeque quintum argumentum petunt. Aiunt enim Imperatores: *Commoda primipilatus post administrationem incipiunt deberi, et si, qui ea percipere debuit, prius rebus humanis eximatur, heredibus petitio salua sit.* Nec admittendam censent responsionem, quod textus accipi debeat de commodis in vita iam quæsitis, cum potius loqui videatur de *futuris*, seu adhuc *acquirendis* commodis, id quod indicant verba: *qui ea percipere debuit.*

(o) ex l. 11. C. de prox. sacror. scrin. §. X. Sextum argumentum contineri putant in *l. 11. C. de proxim. sacror. scrin. XII.* quæ itidem assignat residui temporis salarium heredibus. Constituit enim ANASTASIVS, vt si quis militans in sacris scriniis ab hac luce fuerit subtractus, pro solatio et suffragio definitam quantitatem defuncti heredes et successores, vel liberi eius seu creditores consequantur. Additur hæc ratio, quæ inprimis pro coloranda hac sententia facere videtur: *maxime cum viros etiam pro tempore spectabiles eorundem proximos scriniorum, si quis eorum ante com-*

completum proximatus actum morte praeuentus sit, ad heredes successoresque suos residui temporis proximatus solatia sine quadam imminutione transmittere non dubitetur. Inde inferunt, omnino extensionem ad quoscunque officiales faciendam esse, cum ipse textus tali argumento vtatur, et ab his, qui in proximatu constituti erant, concludat ab alios.

§. XI. Septimum argumentum petunt ex *l. 10. §. 1. de Legation.* vbi ICtus ita ait: *Si quis in munere legationis, antequam ad patriam reuertatur, decessit, sumtus, qui proficiscenti sunt dati, non restituuntur.* Neque obstare aiunt, quod textus tantum de *retentione*, non etiam de *petitione* et *actione* loquatur, cum ordinarie in hac materia, vbi permittitur retentio, etiam locum habeat petitio, praesertim cum heredibus ius quaesitum in *legatiuum*, vt in *l. 2. §. 3. eod.* dicitur, esse videatur. (7) ex l. 10. §. 1. de legation.

§. XII. Octauum fundamentum constituunt in *l. f. C. de domestic. et protect. XII.* vbi de domesticis et protectoribus disertis verbis IVSTINIANVS disponit, vt, eis defunctis, *heredes non reliqui tantum temporis, quod eidem gradui superesse monstratur, verum etiam insequentis anni, h. e. primiceriatus solatiis et emolumentis fruantur omnibus, vt. quod ad quaestum et compendium, militiaeque fructum prolixe pertinet, similis habeatur, ac si superstes mansisset ad finem vsque supremum.* Latius hic extenditur annus deseruitus, vt etiam commoda insequentis comprehendat, quale quid hodie in *anno gratiae* deprehenditur. (8) ex l. f. C. de domestic. et protect.

§. XIII. Nonum argumentum inde formant, quod salaria sint *beneficia*, et dentur ad remunerationem, ergo large seu latissime interpretanda iuxta *l. 3. D. de constit. princip.* maxime (9) Quod beneficia large sint intelligenda.

xime intuitu eorum, qui in dignitate sunt constituti, in quibus praeteritorum laborum et meritorum omnino ratio habenda est, *vt spe praemiorum ducti exsurgant*, IAC. GOTHOFRED. *de salar. c. VI. §. 22. lit. e.* Neque enim hi conferendi esse videntur cum his, qui mercenariam operam praestiterunt, vtpote quibus ex locato debetur merces, pro opera, et ita *iure ordinario*, nec tamen amplius, quam operam praestiterunt: ast de *salariis* extra ordinem olim ius reddidit praetor, *l. 1. de extraord. cognit.* id quod indicium praebet, speciale aliquid in *salariis* officialium contineri, nec ab illis ad hos argumentum valere.

(10) quod anni dies cedat ab initio anni,

§. XIV. Decima ratio ex natura *debiti annui* peti solet, quae in hoc consistit, vt eius dies statim ab initio cuiuscunque anni cedat, *l. 1. C. quand. dies leg. l. 18. in f. D. de stipulat. seruor.* quod inprimis in iis annis, quae ad vitam alicuius durant, locum habere videtur, si vel maxime ex *contractu* debeantur. *l. 7. §. f. C. de praescript. 30. vel 40. ann.* Hoc enim exploratum esse videtur, *salarium annuum* magis *annuo legato*, quam *vsufructui* accedere, inter quae duo iura haec adest diuersitas, quod ingressu cuiuslibet anni, si decesserit legatarius, eius anni legatum heredi suo relinquat, quod in vsufructu non ita est. *l. 8. D. de ann. legat.* Hoc ipsum etiam iuris est, si vel maxime in annos singulos sub conditione quadam quid legetur, veluti *quamdiu vidua erit*, si enim vel maxime legataria minus annui temporis vidua fuisset, nihilominus tamen integrum annum debetur, vt expresse decidit ALFENVS VARVS in *l. 22. D. de ann. legat.*

(11) quod salarium non

§. XV. Vndecima ratio colligitur ex *reprobatione antitheseos*, quia dissentientes videntur falso supponere, salarium solvi

vi officialibus, quos *virtuosos* quidam vocant, pro opera et labore, cum tamen iis potius soluatur propter *dignitatem et honorem*, quo in republica coruscant, vel propter *eruditionem* singularem et *virtutem animi*, immo si vel maxime simul *ministerii* habeatur ratio, minime gentium tamen opera eorum dici potest mercenaria. Inde IACOBVS DE NIGRIS *ad l. 4. de offic. praef. 31.* eruditos, *quod se ipsos vilipendant*, reprehendit, pro salario exiguo operam aliis suam praestantes, *vnde detrahitur toti ordini doctorum, quorum honor decoloratur, et dedecoratur*, vt ipsius verba referam. Conf. GOTHOFREDVS *de salar. cit. loc. lit. f.*

§. XVI. Denique robur etiam huic sententiae addunt ex *communi Doctorum opinione*, quae pro illa militat. Neque enim facile ab ea recedendum, nisi litem suam iudex facere velit. CARPZ. *Decis. 33. n. 17.* *Cum enim*, ait ZIEGLER. *in dicastice concl. 39. §. 2. vbi plures iudices eandem decidere debent controuersiam, si dissensus inter eos sit, ex pluralitate votorum decisio facienda et concipienda sit, vtique etiam hoc casu, quando in quaestione iuris diuersae opiniones inueniuntur, non aliter decidi ea poterit, quam ex pluralitate Doctorum, quaestionem ventilantium, qui velut iudices istius controuersiae habendi sunt.* Hunc in finem collectores communium opinionum, SVARESIVS, VIVIVS, GABRIELIVS, GRASSVS, VILLALOBVS et CAEVALLOS inclaruerunt, ad quos tanquam ad sacram anchoram in eiusmodi quaestionibus dubiis recurrendum est.

(12) Quod communis sententia ius faciat.

§. XVII. Hisce praesidiis instructi sunt, qui *annum deseruitum* ad finem anni, intra quem officialis mortuus est, extendunt, et inde inferunt, salarium residui temporis illius anni transmitti ad salariarii heredes. Verum enim vero, quod salua

Nihilominus contraria sententia verior.

ua tot ICtorum auctoritate dixerim, argumenta adducta tanti ponderis haud esse videntur, vt extorquere consensum a me potuerint. Quod vt eo euidentius appareat quasdam praemittam obseruationes, quae circa hanc quaestionem, *cautelarum* instar, obseruanda sunt. (I) Ante omnia *regula* cum *exceptionibus* non est confundenda, aut hae ad consequentiam trahendae, contra *l. 14. D. de legibus*, quod dissentientes non vbique obseruasse videntur. (II) Sedulo cauendum, ne *officia publica* reipublicae Romanae cum nostris conferamus, indeque ab illis ad nostra argumenta trahamus, cum quaedam singularia in illis deprehendantur, tum quod essent *annua* vel *temporaria*, tum etiam quod quaedam plures *expensas* in expeditionem faciendas desiderarent, quarum intuitu quaedam singularia, quae omnibus officiis haud congruunt, constituta sunt. (III) Ne *salarium annuum*, cum *pensionibus* mere *gratuitis*, et *honorario* confundamus, cum illud detur *ob caussam*, non pensiones, immo et ipsum honorarium suo modo *beneficium* esse videatur. His tribus obseruatis, facillimo studio nebulae, quibus dissentientes veritatem offuscant, dissipari queunt.

Circa quam quaedam cautela obseruanda.

§. XVIII. Antequam tamen argumentis adductis sigillatim satisfaciam, adducam paucis argumenta quaedam, negatiuam corroborantia. Primum, quod capitale, ipsa *naturalis ratio* constituit, quam *cap. I.* fusius iam explicui tradidique. Ab hac non temere legislatores discessisse credendi sunt, immo tamdiu ei standum est, donec euictum fuerit, legislatores ei aliquid addidisse, vel detraxisse. Naturalis autem ratio *pro lege* scripta seruanda est, et sine lege *rationem naturalem* adferre sat est, prout MODESTINVS in *l. 13. §. 7. de excusation. tut.* censuit, et *cuius fidem*, ait, *sufficit firmare ex ipsa naturali iustitia.* Neque infrequens est in iure nostro, ICtos prouocasse ad *naturalem* ratio-

Primum fundamentum petitur ex naturali ratione.

rationem, indeque decisiones suas petiisse, vt liquet ex *l. 7. de seru. export. l. 7. de bon. damnat. l. 2. §. 5. in fine de aqua et aqu. pluu. arc. l. 4. pr. ad L. Aquil. l. 21. de interrog. l. 220. §. 3. D. de V. S. pr. Inst. de nupt. l. 39. D. de negot. gest. l. 36. de hered. petit. l. 7. de acquir. rer. domin. l. 18. §. 7. commod. l. 5. §. 15. de agn. vel alend. lib. l. 83. D. pro soc. l. 8. de seru. praed. vrban. &c.* *Quapropter*, vt vtar verbis BARBOSAE *in thes. pract. lib. XII. c. 3. ax. 8. non facile a scopo aberrare potest, qui in iudicando, natura duce rectam rationem sequitur, quippe cum ius nostrum partim ex igniculis et principiis illis in singulorum mentibus sit, ex quo etiam per manus traditum est, quod sufficiat quandoque allegare rationem naturalem.*

§. XIX. Sed vt *iustitia naturalis* quoque consensu *legum ciuilium* exornetur, illustrationis gratia argumenta quaedam ex iure ciuili deprompta adferam. In *l. 14. C. de erogat. milit. ann.* scholarium heredibus nihil vlterius assignatur, quam quod ipsis scholaribus in vita debitum fuit, non autem residui temporis stipendium, vt ipse fatetur GOTHOFREDVS *ad l. 35. C. Theod. cit. tit. inf.* *In l. 16. §. 8. C. eod.* de militibus ita cautum est: *quod praeterea omnibus modis obseruari decernimus, vt erogator omnes pecunias, quae mortuis militibus vsque ad diem mortis eorum debitae fuerant, secundum iam datam diualem dispositionem vxoribus vel liberis eorum non dubitet ministrandas.* Et denique in *l. 3. C. de agent. in reb. §. XII.* quam dissentientes, vt §. *VIII.* dixi, in suas partes trahunt, magis sententia haec confirmatur, quam infringitur, prout infra §. *XXIX.* perspicue ostendendum erit, vt vel ex hac lege, si alii textus deficerent, dissentientium vires infringi posse, non sine ratione arbitrer. Equidem obiiciunt, *stipendium* in adductis casibus deberi ob *labo-*

Aliud argumentum ex l. 14. et l. 16. §. 8. C. de erog. milit. ann.

rem, et eo casu verum esse, salarium residui temporis non deberi; officialibus vero non solui videtur salarium propter *laborem*, sed potius ob *dignitatem et eruditionem dotesque animi* Ast hic peti id, quod est in principio, infra euincam, ostendamque, definitioni *salarii* hoc suppositum aduersari, quippe quod soluitur in *compensationem ministerii*, et operarum praestitarum, quamuis negari nequeat, eas haud esse *mercenarias*, vnde tamen tantum euincitur, eas certum pretium haud admittere. Nec asseri potest, diuersam esse rationem *stipendii militaris*, seu *annonae* et salarii annui, quod illud soluatur per varia temporum interstitia, hoc vero annuatim; nam haec differentia reuera tantum accidentalis, cum *cap. antec.* ostenderim, diem *salarii annui* quoque cedere singulis quasi diebus pro rata ministerii quotidiani, pro quo debetur. Vnde etiam est, quod *salaria et stipendia* saepe promiscue vsurpentur, *l. 52. §. 8 pro socio*, et salaria ab initio nihil aliud fuerint, quam stipendia militaria. GOTHOFRED. *de salar. cap. 1. §. 4.* PITISCVS *in lexic. antiq. Rom. voce salarium.*

Facit huc etiam ratio ex l. 10. pr. de ann. legat.

§. XX. Huc etiam collineat *l. 10. pr. de ann. leg.* vbi adest casus *salarii* testamento relicti. Cauerat testatrix, vt, si Seius negotiis filiorum suorum interueniret, ei annui seni aurei et habitatio praestarentur. Duobus filiis mortuis, ait ICtus minui quoque salarium, *cum tam labor, quam pecunia diuisionem recipiant.* Equidem hanc rationem in praesenti quaestione alienam esse aiunt, quod in ea agatur de salario, quod intuitu *dignitatis et eruditionis*, non ob *laborem* soluatur. Verum tale salarium ipsimet fingunt, naturae salarii ipsius contrarium, cum, prout iam dictum est, salarium potius soluatur pro ministerio et opera in officio publico praestanda, cuius *compensatio* est. *Dignitas* per se *regulariter* non habet salarium, sed prout

prout Canonistæ dicunt, *beneficium datur propter officium*, quod in *ministerio et opera* consistit. Immo cum alias *officia publica* et artium liberalium exercitia soleant conferri cum *militia sagata*, pro qua stipendium futuri temporis ad heredes non transmittitur, non apparet ratio, quare in hac quæstione diuersitas constitui debeat.

§. XXI. Præterea si regulariter *annus deseruitus* extendendus esset ad finem anni, cum effectu transmittendi salarium residui temporis ad heredes, non necesse fuisset, illud tanquam *ius speciale* quibusdam singulariter indulgere, prout textus a dissentientibus adduci soliti ostendunt. Singulare enim aliquid legislatorem *in l. 4. C. de domest. et protect. XII. et l. 1. C. de aduocat. diuerf. iudicior.* constituere voluisse, totus contextus ostendit, cum si *regulariter* officialium et ministrorum publicorum heredes anni residui salarium petere potuissent, non necesse fuisset, in aduocatis fisci et protectoribus domesticisque lege peculiari id cauere. Quæ enim generaliter obtinent, legislatores non solent ad priuilegia certarum personarum trahere.

Et quot contrarium in quibus iam officialibus iure speciali obtineat.

§. XXII. Huic accedit argumentum ex *l. 7. solut. matrim.* vbi soluto matrimonio dos statim exspirat, et fructus vltimi anni pro rata diuiduntur, non alia de causa, quam quod dotis fructus marito competant ob onera matrimonii *l. 7. pr. l. 10. de iure dot. l. vn. C. de R. V. A.* quibus soluto matrimonio cessantibus, etiam perceptio fructuum cessare omnino, et pro rata oneris marito fructus vltimi anni competere debent. Eadem ratio militat in salariis, quæ pro *officio* et *ministerio* soluuntur, et sic quoque eadem decisio obtinere debet, cum debeatur salarium *pro onere officii et pro eius gesti modo*, vt ob-

Quod vlterius illustratur ex l. 7 solut. matrim.

ſeruant COVARRVVIAS *lib. I. var. reſol. c. 18. n. 12.* PRVCKMANN. *Vol. I. conſ. 20. n. 114.* HARTMAN. PISTOR. *lib. 1. qu. 24. n. 36.* DN. COCCEIVS *de iure Seminis Sect. III. §. 25.* Conſ. *tr. iur. eccleſ. proteſt. lib. I. tit. 7. §. 28. ſeqq.*

Quid? quod ſalaria ſoluantur pro officio, quo extincto, ſalarium quoque ſtatim extingui neceſſe ſit.

§ XXIII. Denique hoc negari nequit, ſalaria annua ſolui intuitu *officii*, quod quis gerit. Iam autem officium quoduis ipſo iure per *mortem* exſpirat, nec in heredes tranſit, adeoque nulla ratio iuris deſiderat, vt heredes, in quos *officium* haud tranſit, emolumenta, *officio extincto* cohærentia, percipiant. Nec etiam in heredes tranſit, quod defunctus haud acquiſiuit: iam vero oſtendi nequit, defunctum totius anni ſalarium acquiſiuiſſe, ſi in ingreſſu anni moritur, cum officium annuum, propter quod ſalarium ſoluitur, non præſtiterit, ſed ipſo momento obitus extinctum fuerit.

Quod etiam praxi conforme eſt.

§. XXIV. Quæ cum ita ſint, non adeo mirandum eſt, praxin plerorumque locorum cum his principiis concordare. De praxi Belgica teſtantur CHRISTINAEVS *Vol. V. deciſ. 118. n. 14* et LEONINVS *lib. VII. emend. c. 7. n. 13.* docentque, officialibus in eis locis ſalarium deberi, pro eo tempore, quo ſeruiunt, et non vltra. Similiter in Gallia ſalaria inſtar fructuum ciuilium ſingulis annis et diebus acquiri, notat GOTHOFREDVS *de ſalar. c. VI. §. 22. lit. a in f.* Immo nequidem hodie aduocatis fiſci priuilegium anni reſidui competere, docet GROENEWEGEN *ad l. 15. C. de aduoc. diu. iudic. n. 2.* De *moribus Germaniæ* hæc habet RAVCHBAR. *cit. l. n. 20. Hoc tempore, vbi principes et ſuperiores, qui ſtipendia perſoluunt, ſibi ipſis pro lubitu ius dicunt, et magiſtratuum, aduocatorum, aliorumque officia plerumque venalia ſunt, et interdum illiberalius et ſordidius, quam ipſæ artes mechanicæ et operæ mercenariæ habentur, id quod de*

mer-

mercedibus in iure statuitur, non raro ad liberalia quoque stipendia, moribus et statutis produci videmus. Idem ingeminat CARPZOVIVS *P. II. C. 51. dec. 12. inf.* quamuis, quod praxin hanc iniquitatis accusent, praeconceptae opinioni adscribendum sit. Similia de ministris ecclesiae decedentibus tradit STRYK, *ad Brunnem. ius eccles. lib. II. c. 5. §. 10.* quod *cap. sequent.* plenius enucleabo. Alicubi tamen, vbi salaria quadrimestria soluuntur, adhuc receptum est, vt, si quis in ingressu quadrantis anni moritur, salarii istius quadrantis petitio heredibus salua sit, teste FELTMANNO *in comm. ad l. 4. de assessor. §. 15.*

§. XXV. *In iure Saxon. prouinc. lib. I. art. 27. de mercenariis* clara est decisio: Stirbt auch der gemiethete Mann, ehe er sein Lohn vollkommlich verdienet, welches ihm verheissen war, man ist seinen Erben nicht mehr pflichtig zu geben, denn er verdienet hat, und ihm gebühret, biß auf die Zeit, da er starb. Equidem in propatulo est, de simplici *mercede* hic disponi, a qua ad *salaria annua* argumentum haud trahendum esse opinantur, et supra c. I. etiam diuersitatem quandam adduxi. Ast vero vbi nulla diuersitatis ratio occurrit, *salarii et mercedis* adeo eadem est ratio, vt nonnunquam etiam synonymice vsurpentur, prout *capite praecedente* obseruaui. In hac quaestione autem *regulariter* eadem vtriusque est ratio, cum, sicut *merces* pro *labore mercenario*, ita quoque *salarium* pro officio soluatur, adeoque, sicuti morte laboris continuatio definit, ita quoque functio, propter quam salarium soluitur. Atque hoc ipsum dubio omni prorsus carebit, si argumentis duodecim contrariis satisfactum fuerit, ad quorum dissolutionem statim progrediar.

Et iuri Saxonico prouinciali.

Resoluitur obiectio ex l. 1 § 15 de extraord. cognit. desumta.

§. XXVI. Ad primum argumentum, ex *l. 1. §. 15. D. de extraord. cognit.* petitum, varie ab interpretibus solet responderi, prout patet ex traditis ALCIATI *ad. l, 4. de offic. assess. n. 44.* Hoc interim certum est (1.) in *citato textu* non agi de iure petendi salarium post mortem officialis, sed tantum de *retentione* eius, quod aduocato datum est; iam autem, etiam vbi adest obligatio quaedam, facilius datur *retentio* quam actio *l. 48. D. de rei vind.* Sed transeat haec responsio, quam dissentientes haud admittunt, vti §. V. vidimus. Ergo (2) obseruo, in *c. l.* non agi *de annuo salario*, sed de *honorario*, quod aduocato pro causa peroranda *per auersionem* datum erat, quod *mercedem* vocat IGtus, latiori in sensu, quia intuitu laboris suscipiendi, et in eius compensationem solutum fuerat. Iam vero apertum est, olim causas in foro perorandas tractum exiguum temporis desiderasse, vel ad minimum, comparatiue loquendo, citius quam hodie finitas, indeque moris fuisse, vt aduocatis *per auersionem* honorarium quoddam promitteretur, nulla habita *temporis* vel *laboris* ratione, adeo, vt si vel vno die causa finiri posset, honorarium promissum deberetur. In tali autem pacto occurrit quaedam *promissio spei*, nec ratio operarum habetur, sed prout res in conuentionem deducta, ita debetur. Qui itaque honorarium aduocato repraesentauerat pro integra causa peragenda, rem quasi sorti committebat, quia soluens nouerat, contingere posse, vt, causa nondum peracta, aduocatus moreretur, maxime cum honorarium eo casu non posset aestimari secundum *temporis* aut *laboris* quantitatem. Vtrique subeunda fortuna erat: *aduocato* quidem, qui difficultates obuenturas et superandas non exacte praeuidere poterat: *clienti* vero, qui itidem ignorabat, quantum laboris et temporis causae perorandae ab aduocato insumendum esset. Ergo *per auersionem* dabatur aduocato honorarium, vbi omnino aequum

quum erat, vt heredes illud reddere non cogerentur, ſi vel maxime nondum finita cauſa deceſſiſſet aduocatus. Additur ratio, *quia per ipſum non ſteterat*, *quo minus operas præſtaret*, nam in tali *conuentione ſpei* vtriusque periculum verſatur, et ſufficit, ſi neutri poſſit culpa imputari. Eſt itaque hæc *ratio particularis*, ad caſum propoſitum applicanda: et ſic absque iudicio ad *ſalaria annua* applicatur. Si per aduocatum ſtetiſſet, vtique ob deſidiam reddere honorarium debuiſſet, quod tamen dici nequit, vbi fatis cedit, id quod in omni conuentione ſpei, quæ variis caſibus obnoxia eſt, vſitatum. Equidem in *opera mercenaria* id ſecus eſſe aiunt, adeoque inde concludunt, ſingulare quid eſſe in *operis eruditorum*. Sed qui hoc aſſerunt, non recte perpendunt ſententiam *l. 9. §. 4. l. 15. §. 6. l. 19. §. 6. locati.* cum in his textibus agatur partim de annuo vſu rei conductæ, partim de vectura ad certum locum facienda, quæ definitum laborem habet, et ſic in hiſce caſibus ad vſum et laborem ſeu operam reſpicitur, nec comparatio inter hos et illum caſum inſtitui poteſt. Sic quoque fruſtra inde petitur argumentum ad *annuum ſalarium*, quod pro miniſterio quotidiano, vel per totum annum præſtando ſoluitur. Hic intentio contrahentium reſtricta eſt ad annuam operam, nec *per auerſionem* aliquid promittitur, vti quidem in caſu adducto, et tamdiu, quamdiu officium durat, promiſſum cenſetur. Diuerſa eſt ratio honorarii in caſu adducto *per auerſionem* repræſentati, quod nullum reſpectum ad quantitatem *temporis* et *laboris* habet, et ſic ab heredibus repeti nequit. Addo etiam hoc, differentiam eſſe inter *honorarium*, quod etiam aduocatis repræſentari poterat, *l. 1. §. 10. et 12. D. extraord. cognit.* et *ſalarium annuum* officialium: illud *inſtar beneficii* ſoluitur *l. 1. pr. ſi menſ. falſ. mod. dix.* beneficia autem data ægre reuocantur: ſalarium autem annuum officialium proximius ad naturam *mercedis* accedit,

Nec ratio huius legis ad ſalaria annua applicari poteſt.

cedit, quia pro *annuo ministerio* promittitur, et sic ibidem ad quantitatem *temporis* et *laboris* respicitur, quo finito etiam salarium desinit. Diuersam enim esse debere rationem *ministerii indefiniti* et *definiti*, vel ipsa ratio recta docet, cum hic ratio definiti ministerii haberi debeat, non etiam ibi.

Ab aduocatis fisci, iure singulari munitis, non valet consequentia

§. XXVII. In altero argumento, quod ex *l 15. C. de aduocat. diu. iudicior.* desumtum est, omnino *ius singulare* et sic *exceptio* a regula, occurrit. Constat, olim *aduocatorum fisci* officium annuum fuisse, quo transacto, illud deponebant, et aduocatorum consortio abscedebant, *l. 5. l. 10. C. de aduoc. diu. iudicior.* adeoque non adeo mirandum est, pro tam breui spatio, quo hoc honore præfulgebant, iis singularia fuisse indulta priuilegia, inter quæ etiam hoc erat, quod morientes totius anni salarium, quod *vnum* tantum erat, ad heredes suos transmitterent, proinde recte interpretes hoc inter *priuilegia* eorum referunt. CORVINVS *in method. enarrat. Codic. Iustin. ad cit. tit. §. 6.* PEREZ. *in C. ad cit. tit. in fin.* Vnde non inique existimat GROENEWEGEN *ad cit. l.* hodie ne quidem hoc priuilegium aduocatis fisci amplius deberi, cum officium eorum non sit annuum, sed continuata serie annorum percipiant salarium, nec tanta eorum, vti olim quidem, sit dignitas; multo minus vero hoc ad quoscunque aduocatos contra rationem et indolem priuilegiorum extendi potest, vti alias doctores a BRVNNEMANNO *ad cit. l. 15.* excitati arbitrantur.

Resoluitur argumentum ex l. 4. de offic. assessor. desumtum.

§. XXVIII. Argumentum tertium, quod ex *l. 4. de offic. assess.* trahitur, a plerisque etiam interpretibus, qui contrariam tuentur sententiam, reiici solet, Fatentur enim, textum esse ambiguæ lectionis, adeoque nullum certum argumentum concludens inde peti posse, prout recte monet ALCIATVS *ad cit. l.*

ii

n. 43. De cetero *a*) agitur in eo de salario assessoribus præstando, defuncto legato, non de salario heredibus legati præstando. *b*) Non asseritur in *cit. l. 4.* assessoribus à defuncti legati heredibus salarium soluendum esse, indeque inanis est conclusio, quam BOLOGNETVS inde format; quin potius PAPINIANVS in *l. 6. eod. tit.* testatur, *publico salario* gauisos fuisse assessores, qui autor quoque est *cit. l. 4.* quod etiam obseruat BARNABAS BRISSONIVS *lib. I. select. antiq. c. 12.* Denique *c*) si vel maxime *legati heredibus* integrum totius anni, quo defunctus est, assignatum fuerit olim salarium, quod ponere liceat, nullum tamen solidum inde potest deduci argumentum. Erant legati *ministri muneris prouincialis a senatu more maiorum delecti*, vti ait CICERO *in Vaticin. c. 15.* quibus proconsules mandabant suam iurisdictionem *l. 4. §. 6. de offic. proc.* Sicuti vero ipsorum proconsulum, ita legatorum annuum erat munus, quibus præterea ob expensas plures in profectionem faciendas quædam singularia indulta erant, veluti quod *de Xeniis in l. 6. §. 3. eod.* traditur. Obseruat id ipsum FELTMANNVS *ad cit. l. §. 8.* et *hi annuum*, ait, *gerebant magistratum, et in solo peregrino constituti, nec hortos nec arua propter exiguum tempus colebant, nec rem familiarem ibi hi habebant instructam, vt quæ esui potuique essent, sibi sufficerent, quin et sæpe vix pretio redimere poterant.* Inde optime monet, non quæuis, olim hisce magistratibus indulta, ad nostros magistratus applicari posse, vtpote qui nec huiusmodi expensas in profectionem facere coguntur, nec ad breue spatium temporis officia gerunt. Quod si itaque salaria integra heredibus soluta sunt, id factum est in compensationem expensarum, quas facere debuere magistratus annui in peregrino solo versantes, in quo tam exiguo sumtu viuere non licet, vti quidem in patria. Sed hoc tantum obiter moneo, neque enim certo constat, salarium legatorum

Legatis plura iura singularia competebant, non trahenda ad quosuis officiales.

ad heredes eorum transmissum fuisse, cum nec scribæ, qui itidem salarium habebant, salarium ad heredes transmitterent, prout supra ostendi.

In l. 3. C. de agent. in reb. contraria sententia non probatur, sed destruitur.

§. XXIX. In quarto fundamento nihil præsidii pro contraria sententia occurrere adeo manifestum est, vt ipse GOTHOFREDVS *in comm. ad L. 11. C. Theod. de domestic. et protect.* diffiteri haud potuerit: qui postquam eos, qui priuilegio circa salarium annuum, cum effectu transmittendi residuum ad heredes, muniti sunt, recensuit, hæc subiungit: *cum alias REGVLARITER iure ciuili Romano mortuo salariario non transmittatur residui temporis*, et pro hac sententia probanda *ad l. 3. C. de agent. in reb. XII.* prouocat, vnde tamen dissentientes contrarium elicere satagunt. Reuera autem regulam a nobis propugnatam *in cit. l.* deprehendi, ipse contextus ostendit, docetque, *laborum* ducenarii *fructum successores ab intestato vel ex testamento venientes et lucrum* percipere, et *ita omnibus inter ceteros superstites potiri, debere solatiis tanquam si viuus, qui hæc eadem diu sperauerat sibimet vindicasset.* Non de residui temporis salario, sed *de fructu lucroque laborum* iam præstitorum hic diserte agitur, quod nullo modo de futuri temporis emolumento intelligi potest. Id tantum heredibus vindicatur quod ipse ducenarius viuus sibi vindicare potuisset: at vero tantum pro *præterito* non *futuro labore* sibi fructum vindicare potuit, adeoque inde euidens est, tantum vsque ad tempus mortis emolumenta, *quæ diu sperauerat*, h. e. quorum dies cesserat, heredibus deberi. Nec obstant verba sequentia: *Qua de causa locum etiam eius successorum intuitu vacare conueniet*, ex quo BRVNNEM. *ad cit. tit. n. 6.* concludit, quod locus eius *tamdiu* vacare debeat, quia heredibus residui temporis salarium debetur; nam *a)* non additur, quod *interim* locus vacare debeat,

beat; *b*) sed simpliciter demonstratur, locum vacare debere, vt successores eum occupare queant, hoc sensu, quod, quia defuncto vno ex ducenariis locus eius *statim* vacet, successores quoque ius in locum vacantem acquirant, et ipso iure adscendant. Id enim naturale est in omnibus collegiis, vt, vno defuncto, locus eius vacet, et reliqui adscendant ac defuncti iura commodaque percipiant. Si de vacatione *interimistica* ex mente BRVNNEMANNI Imperatori sermo fuisset, in prioribus verbis sane heredibus residui temporis emolumenta assignare debuisset, id quod tamen minime fecit. Immo contrarium liquido apparet ex *l.* 1. *C. eod.* vbi Impp. ita: *Nullus de schola agentium* (remotior scilicet vel alterius gradus, vt recte addit GOTHOFREDVS *ad l.* 14. *C. Theod. cit. tit.*) *in vllius de cetero locum mortui conetur inuadere* (atque ita ordinem militiæ atque stipendia prævertere) *sed is, qui ordine stipendiorum et laborum, merito ad gradum militiæ sequebatur*, NB. *STATIM atque illum fata subduxerint, in eius præmia percipienda succedat, omni obiectione* (vel potius obreptione) *cessante.* Erroneum ergo est, *interim* vacare debere locum defuncti, vt heredes interea emolumenta loci vacantis percipere queant, sed potius *STATIM* sequens in locum demortui succedebat, et qui nouiter in scholam assumebatur, vltimus ordine fiebat, *l.* 7. *C. Theod. de agent. in reb. l.* 2. *C. de offic. magistri offic. l.* 7. *C. de proxim. sacror. scrin. XII.*

§. XXX. Sed nec in quinto argumento, ex *l.* 1. *C. de primipilo XII.* deducto, aliquod præsidium dissentientes habent. Duo *in cit. l.* cauentur: (1) *commoda primipilatus post administrationem incipere deberi*, h. e. post administrationem non *inchoatam*, sed *peractam*; commoda enim soluuntur propter administrationem, adeoque antequam hæc peracta sit, nec commoda debentur, quod ipse BRVNNEMANNVS *ad cit. tit. n.* 7. *In l.* 1. *C. de primipil. contineri priuilegium ostenditur.*

fate-

fatetur, *et commoda primipili*, ait, *seu salaria primipili ei non debentur, nisi finito officio seu anno.* (2) *Si is, qui ea percipere debuit, prius rebus humanis eximatur, heredibus petitionem saluam esse.* His verbis confirmari sententia videtur, quam tuemur; verba enim illa, *qui ea percipere debuit*, commodis, quorum dies, viuente primipilo, iam cessit, applicare commode possunt, vt sensus sit: si primipilus prius rebus humanis exemtus sit, quam commoda, quæ percipere debuit ob administrationem peractam, ei soluta præstitaque sunt, heredibus eius petitio salua est, cum quod a defuncto iam acquisitum sit, ad heredes transmittatur. Verba enim illa, *qui ea percipere debuit*, ad sequentia referri debere admitto, nec tamen alius inde eruitur sensus, quam quem adstruxi. Equidem IACOB. GOTHOFREDVS *ad l. 11. C. Theod. de domest. et protect. priuilegium* seu *exceptionem* a regula hic occurrere, ait, sed non probat, et si vel maxime occurreret, nec tamen hæc sententia thesi nostræ officeret, cum exceptio firmet regulam in casibus non exceptis.

Similiter priuilegium occurrit in l. 11. C. de proxim. sacr. scrin.

§. XXXI. Sextum fundamentum hic prorsus alienum est, quod ex ipsa *l. 11. de proxim. sacror. scrin.* inspectione liquet. Constat ex *l. 7. C. eod.* eum, qui in numerum statutorum in sacris scriniis militantium recipiebatur, proximo et melloproximo certam pecuniæ summam olim offerre debuisse; hoc mortuo, is, qui ex substitutis eo surrogabatur, heredibus vel creditoribus proximi definitam hanc summam præstare debebat, sed additur notanter: *liberi autem, vel agnati seu cognati, non hereditatis, sed priuilegii nomine simili modo huiusmodi summam percipiant.* Si ergo speciali priuilegio heredibus hoc commodum debetur, ad regulam non pertinet. Equidem additur, quod etiam ad heredes successoresque suos

resi-

residui temporis proximatus solatia transmittantur. Sed id ipsum non aliter rursus intelligendum, quam ex *priuilegio* cum hoc ipsum ad declarationem prioris priuilegii adiiciatur, adeoque parem cum priori dispositione naturam habere debeat. Neque hic fit *extensio* quædam, vt dissentientes arguunt, sed simpliciter ex hoc priuilegio prius priuilegium declaratur et illustratur. Similis farinæ est argumentum octavum ex *l. f. C. de domest. et protect. XII.* desumtum, quod vsque adeo manifestum est, vt etiam salarium adhuc insequentis anni heredibus assignetur, quod prorsus a regula recedit. Ceterum hæc priuilegia hodie eo minus applicari possunt, quia huiusmodi officia plane nobis incognita sunt, vt sic eo magis in hodiernis officiis, nullibi exceptis, regulæ inhærendum sit. *ex l. f. C. de domestic. et protect.*

§. XXXII. Multo minus immorandum est septimo argumento ex *l. 10. §. 1. de legat.* desumto, quod nequidem de *annuo salario*, sed tantum de *legatiuo* disponit. *Legatiuum* erat *viaticum*, vti constat ex *l. 18. §. 12. de muner. et honor.* et *sic sumtus itineris vel impendia ad iter explicandum necessaria* denotabat, *l. 7. ad SCt. Treb. l. 12. de reb. cred.* BARNAB. BRISSONIVS *de V. Signif. voce viaticum.* SAMVEL PITISCVS *in Lex. ant. Rom. voce viaticum.* Aequum itaque fuit, vt *viaticum* datum legati heredes, qui in munere legationis, antequam ad patriam reuerteretur, decesserat, haud restituerent, quod defunctus iam hos sumtus in iter explicandum fecisset. Nec itaque condictio caussa data caussa non secuta locum habere poterat, quoniam caussa, ob quam *viaticum* datum erat, secuta erat et sumtus in iter facti. *l. 5. pr. de condict. causs. dat. causs. non secut.* Quæ cum ita sint, liquidum est, nullo iure a legatiuo, quod non ob ministerium vel officium legationis, sed vnice ob *A legato ad annua salaria non valere consequentiam docetur.*

ob impensas itineris datum fuit, argumentum ad *annua salaria* trahi posse, quæ non soluuntur propter *impensas* primario, sed potius ob expeditionem officii et ministerii.

Euertitur argumentum inde desumtum, quod salarium sit beneficium.

§. XXXIII. Nonum argumentum plane est ἀπροσδιόνυσον, et quatuor terminis constat in formam syllogismi contractum. Argumentum forsan erit: *Quicquid est beneficium, est late interpretandum: atqui salaria annua sunt beneficium; Ergo late interpretanda.* In *maiori* propositione vox *beneficii* sumitur *pro priuilegio fauorabili et mere gratuito*, quod indicat *l. 3. D. de constit. princ.* vnde desumta est: in *minore* denominatio *beneficii* denotat erogationem quandam et præstationem lucrorum et emolumentorum ob seruitia præstita, sed eodem improprio sensu, vti feuda dicuntur *beneficia*, quia in vtraque specie commoda alteri præstantur non simpliciter, sed ob *seruitia* seu *ministeria* præstanda, STRVVIVS *in Syntagm. iuris feud. c. II. aph. 2. n. 1.* adeoque argumentum laborat in forma. Deinde maior propositio quoque falsa est. Contra naturam *priuilegiorum* est lata eorum et extensiua interpretatio, cum *ius singulare et exceptionem* a re regula contineant, quæ stricte interpretanda sunt, *l. 14. D. de LL.* Nec aliud ex *l. 3. cit.* euincitur, quia particula, *quam plenissime*, non *extensiuam* interpretationem denotat, sed illud potius innuit, *priuilegia cum effectu* esse intelligenda, iuxta declarationem *l. 1. in fin. ad municip.* conf. THOMASIVS *de interpretat. benefic. princ.*

Erroneum esse ostenditur, diem salarii anni cedere ab initio anni ratione totius salarii.

§ XXXIV. Decima ratio dubitandi ad annua salaria plane applicari nequit. Admitto, annua legata, quæ *simpliciter*, et non *ob causam futuram* debentur, ab initio anni deberi, quod adducti textus in §. XIV. docent: verum idem quoque obseruandum esse in annuis salariis, quæ ob *ministerium annuum*

vel

vel *operam præstandam* debentur, vel ideo afferi nequit, quod in his sit obligatio *ob causam futuram*, quæ demum ius agendi tribuit, quando causa secuta est: quicquid autem ob causam datum aut promissum est, causa non secuta, haud debetur, *l. 5. C. de condict. ob caus.* Noui quidem interpretes ingentes mouere fluctus circa quæstionem, *quando salarium annuum debere incipiat?* Miror, ipsum etiam GOTHOFREDVM *de salar. c. 11. et 12.* hac in re fluctuasse, cum tamen ab *annuo*, quod *simpliciter*, non habito respectu *ad causam futuram*, debetur, ad annua salaria non valeat consequentia. Illud enim vt plurimum *alimentorum* causa relinqui solet, fauoremque insignem habet, indeque statim *ab initio anni* debetur. Quod vero ob *annua seruitia*, vel *officia* præstatur, non absolute, sed *intuitu horum officiorum*, quorum compensatio est, debetur, adeoque dies eius ab initio anni quoad integrum salarium cedere nequit, *arg. l. 7. solut. matrim.* Equidem GOTHOFREDVS *cit. c. 12. §. 4. lit. a.* obiicit, quod salarium *loco victus* cedat, indeque infert, ab initio anni deberi salarium, addit tamen: *non quidem diurnum, vt operariis et sellulariis, qui quæstum communem faciunt, sed neque in totum, verum iustis pensionibus diuisum, quæ ab inhonesta diurni specie absint.* Vel hæc ipsa verba ostendunt, annui salarii diem non cedere ab initio anni, quoad *totum* salarium, quod alias in *annuo legato* iuris est, sed iustis pensionibus diuidendum esse pro rata seruitii præstiti. Deinde primario non soluitur ob *alimenta*, quod *legatis annuis* proprium est, sed *principaliter* propter ministerium et labores muneris, quos salariarius sustinet, vtut *secundario* etiam victui inseruiat ei, qui aliunde victum non habet. Si enim rationi dissentientium aliquid roboris inesset, etiam operariis, qui in diem ferme viuunt, et a diurnis alimentis pendent, merces annuatim promissa ab initio anni deberetur, et quidem intuitu *totius anni*,

cum

cum mercenarii potissimum ex mercede se pascant, et victum quotidianum capiant, quod tamen dissentientes haud admittunt.

Nec argumentum a pensionibus ad annua salaria valet.

§. XXXV. Vndecima ratio §. XV. exposita confundit *salarium annuum* cum *annuis pensionibus*, quæ duo sedulo distinximus. Hæ nonnunquam solui solent quibusdam personis ob *merita antecedentia*, *eruditionem*, vel aliam *singularem qualitatem*; ast salarium annuum, quod *officialibus* soluitur, intuitu muneris et sollicitudinis, quam in officio publico salariarius sustinet, *primario* soluitur, licet quandoque personæ industria, dexteritas, singularisque prudentia personæ cohærens mouere possit principem ad augendum salarium, quarum qualitatum intuitu *vnice* et *primario* tamen non soluitur. Non ergo ab illis ad hæc valet consequentia, cum illorum ratio primaria consistat in *alimentis* intuitu certæ *qualitatis* vel *fauoris* erga personam præstandis, qua commode possunt cum *alimentis* et *annuis legatis* comparari, ad hunc effectum, vt statim debeantur ab initio anni, quod de *annuis salariis* dici nequit.

Præsidium a sententia communi petitum nullius roboris est.

§. XXXVI. Denique vltima ratio ab omni ratione aliena est. Nam (*a*) quod non ratione, sed errore introductum est, vim iuris non habet *l. 37. de LL.* (*b*) Erroneum est, iure consultorum sententias esse instar suffragiorum iudicum, vt maiora concludant, neque enim *iudicant* ICti, dum *interpretantur* iura, neque certum collegium constituunt, vt maiora præualere debeant. (*c*) Melius sine dubio SENECA *lib. de beata vita c. 1.* hac de re philosophatur, et, *nihil* ait, *magis præstandum, quam ne pecorum ritu sequamur antecedentium gregem, pergentes non qua eundum est, sed qua itur. Atqui nulla res nos maioribus malis implicat, quam quod ad rumorem com-*

componimur, optima rati ea; quae magno assensu recepta sunt, quorumque exempla nobis multa sunt: nec ad rationem, sed ad similitudinem viuimus. Inde ista tanta coaceruatio aliorum supra alios ruentium. Quod in strage hominum magna euenit, cum ipse se populus premit, nemo ita cadit, vt non alium in se attrahat; primi exitio sequentibus sunt; hoc in omni vita accidere videas licet: nemo sibi tantum errat, sed alii erroris causa et autor est. Nocet enim applicari antecedentibus: et dum vnusquisque mavult credere, quam iudicare, namquam de vita iudicatur, semper creditur. (*d*) Nec opinio communis attenditur, si praxis contraria est, quae hic eo magis inspicienda est, quod rationi iuris conformis sit.

§. XXXVII. Quemadmodum ex hactenus dictis liquet, salarium annuum de *iure ciuili* regulariter non deberi, nisi confecto labore et sollicitudine annua, nisi speciatim aliud moribus vel lege prouinciali cautum sit, vt per partes praestetur, ita *termini a quo* et *ad quem* anni deseruiti paucis eruendi sunt. Et quidem quod *terminum a quo* concernit, quidam simpliciter anni initium a tempore *electionis* vel *vocationis* computandum esse censent, quod hac ipsa acquiratur dignitas et officium, propter quod soluitur salarium, secundum notissima iuris brocardica: *idem dicendum esse de eo, qui est in termino, ac qui est in via: et rem destinatam ad aliquem actum haberi pro ipso actu &c.* SEBASTIANVS SAPIA *ad l. 4. D. de offic assessor. n. 24.* ex quo concludunt, quod transmittatur salarium primi anni ad heredes, si vel maxime electus vel vocatus, antequam officium ingressus est, decessisset, eo ipso quod statim cedat dies huius obligationis. Sed sicuti haec conclusio de salario integri anni primi fluxit ex erroneo principio antea *Anni initium in salario non computandum a tempore vocationis.*

iam reiecto, ita hæc decisio de initio termini a quo ex iure non satis probari potest. Recte IOHANNES BAPTISTA *ad l. 4. tit. n. 21.* ait: *Non video legem aliquam aut rationem, quæ nos cogat ad dicendum, quod debeatur salarium heredibus potestatis defuncti ante officium inchoatum.* Equidem prouocant plerique *ad l. f. C. de consul.* ex qua colligere solent, *illico ab imperialibus codicillis præstitis* dignitatem, ad quam quis promotus est, transire in vocatum vel electum, et sic quoque salarium deberi, vtpote quod ob *dignitatem* soluitur. HOPPIVS *ad §. 43. quibus mod. tollitur P. P* Verum respondetur, (a) quod de dignitate Patriciatus asseritur, ad quæcunque officia indistincte applicari non potest, vt recte censet BAPTISTA *cit. l.* (b) Si vel maxime generalis hæc conclusio, quod dignitas quæuis statim a tempore præstitorum codicillorum principalium in vocatum transeat, vera esset, (quæ in praxi vt plurimum attendi solet) inde tamen minime fluit, *salarii diem* etiam cedere a tempore impetratæ dignitatis. Erroneum omnino præsuppositum est, salarium deberi ob *officium* dignitati cohærens, adeoque demum a die *suscepti officii* dies eius cedere incipit. Diuersa autem esse ipsum *officium* et *dignitatem* ei cohærentem, conclamatum est, cum, deposito officio, dignitas vt plurimum conseruetur, et ita, si sententia contraria fundata foret, salarium adhuc, deposito officio, deberetur, cum eius caussa, dignitas scilicet, haud amittatur, quod tamen ne dissentientes quidem asserere audent. Potest præterea contingere, vt quis ad officium aliquod ex locis remotis vocetur, et post diuturnum demum interuallum illud suscipiat, quo casu salarii emolumenta ipse interim petere posset, si sententia adducta vera esset, quod tamen asseri nequit, nisi aliter in litteris vocationis cautum fuerit. conf. IACOBVS DE NIGRIS *ad c. l. 4. n. 34.*

§. XXXVIII.

§. XXXVIII. Alii, quos sequitur IACOBVS GOTHOFREDVS *de salar. c. XI.* §. 2. distinguunt inter titulum onerosum et lucratiuum. *Vbi de officiis emtis*, ait GOTHOFREDVS, *quorum commercium est, agitur, statim a die emtionis vel resignationis salarium cedit iure dominii, non aliter quam fructus et reditus naturales rem reique dominum sequuntur.* Respicit Auctor sine dubio ad mores Galliae, quibus venditio munerum publicorum probata, et quia in genere, facta venditione, commoda sequuntur emtorem, admitti potest haec sententia, praesertim cum non appareat ratio, quare hic casus a regula excipiendus sit. Interim in foris nostris rarius officia hoc titulo acquiruntur, si excipias *militaria* et *canonicorum*, adeoque ad alterum casum primario respiciendum est, quo, iuxta sententiam GOTHOFREDI, salarii dies tantum cedit a tempore receptionis officii, quia *beneficium datur propter officium et commoda officii habentur ratione administrationis.* Accurate congruit haec sententia cum iis, quae antea sunt dicta, et *cap. antec.* adducta, cui declarationis gratia addendum censeo, incipere salarium deberi a tempore suscepti officii, non quoad integrum annum, sed quia *salarium et officium diuisionem recipiunt*, pro rata temporis, quo officio fungitur salariarius, vnde *aequum* quoque est, vt salarium per partes praestetur, prout hodie fieri solet. GOTHOFREDVS *de salar. cap. XII.* §. 4. Vsum haec obseruatio insignem habet, quoad *annum deseruitum*, vt accurate statui queat, a quo tempore vltimi anni terminus constituendus sit?

Sed vel a die emtionis in venditis officiis.

§. XXXIX. Denique terminus *ad quem* salarii soluendi facile ex hactenus dictis erui potest. Est enim ille ipse terminus, quo salariarius *officium* deponit, siue morte, siue resignatione, siue depositione, siue alia ratione officium eius finiatur.

De termino ad quem anni deseruiti.

In quantum enim dies salarii pro rata officii præstiti cessit, in tantum debetur, et *deseruitum* esse censetur, diuisione emolumentorum secundum mensium distributionem instituenda et præstanda, prout in casu fere simili ICti Romani censuere in *l. 7. solut. matrim.* Singulorum dierum in hac computatione ratio haberi non adeo potest, tum, quia nec quæuis officia et ministeria tam accurate diuidi possunt, tum etiam, quia in salariorum causis, quæ summum in iure fauorem habent, paulo benignius procedendum est, vt mensis pro completo habeatur, si quis intra eum mortuus fuerit. Hinc etiam est, quod in praxi, vbi in singulos quadrantes diuisum est salarium, salarium quadrantis, deseruitum esse censeatur, si pauxillum temporis tantum ei desit, sicuti non habetur ratio aliquot dierum, quibus quis finito quadrante adhuc officio functus. Ergo, si in medio quadrantis officium finitur, de stricto iure plus dimidia parte istius quadrantis salarii heredes petere nequeunt, nisi aliud *lege* cautum fuerit. Loquimur enim hic tantum de *iure ciuili*, a quo leges prouinciales recedere, et spatium anni deseruiti paulo latius extendere potuerunt, prout *cap. anteced.* iam obseruatum est.

CAPVT III.

DE ANNO DESERVITO ECCLESIASTICO.

ARGVMENTVM.

I. II. Quæstio de dominio fructuum ex bonis ecclesiasticis perceptorum. III. Clericis tribuitur ex iure Canonico et ecclesia-

clesiastico. IV. V. Sententia Doctorum, qui illis vsumfructum vel vsum redituum ecclesiasticorum asserunt. VI. Eius confutatio. VII. Non omnes fructus ciuiles ad annum deseruitum simpliciter pertinent. VIII. IX. Notatur opinio eorum, qui in fructibus deseruitis beneficiorum simplicium et non simplicium discrimen statuunt. X. Sententia eorum, qui, clerico post anni initium defuncto, totius anni fructus ad deseruitum referunt. XI. Hæc in nonnullis capitulis et ordinationibus ecclesiasticis approbata. Origo termini critici in anno deseruito. XII. Qualis in nonnullis locis est dies Margarethæ: XIII. Alibi dies Iacobi: XIV. alibi dies Matthiæ, vel Michaelis XV. Annus plene deseruitus non censetur, nisi peracta residentia. XVI. Residentia remissa, annus pro deseruito habetur. XVII. Deficiente statuto, fructus annui pro rata temporis vltimi anni cedunt. XVIII. Diuersitas statutorum in determinando initio anni. XIX. In capitulis residentiæ ratio simul habenda. XX. Vtrum anni carentiæ ad annum deseruitum, an ad gratiæ annum referendi sint? Responsum Ordinis iuridici Halensis, XXI. et Ienensis. XXII. Principia huius quæstionis diiudicandæ. XXIII. In resignatione beneficii eadem est anni deseruiti ratio, ac in morte beneficiatorum. XXIV. An termini critici anni deseruiti in eadem obseruentur? XXV. De anno deseruito in ecclesiis parochialibus. XXVI. XXVII. XXVIII. Iura Saxonica, Magdeburgensia, Brunsvicensia. XXIX. In eo ad tempus perceptionis fructuum non respiciendum. XXX. Accidentalia ad eum non pertinent: XXXI. XXXII. bene tamen commoda clericorum extraordinaria. XXXIII. Consensus ordinationum eccle-

ecclesiasticarum in hoc argumento. XXXIV. *Eodem iure censentur lucra, certis anni temporibus soluenda.* XXXV. *Fructus in computationem anni deseruiti non veniunt, nisi deductis expensis.* XXXVI. *Annus deseruitus ad hereditatem defuncti clerici pertinet.*

§. I.

An detur annus clericorum deseruitus?

Fluctus, quos *cap. anteced.* pro viribus compesuimus, resuscitatos videmus in doctrina de *fructibus beneficiorum ecclesiasticorum vltimi anni*, et salario clericorum promerito. Quidam enim in dubium vocare ausi sunt, *an detur annus clericorum deseruitus quoad reditus ecclesiasticos?* Equidem supra iam *c. I.* ostendi, ministris ecclesiæ omnino salaria et beneficia ecclesiastica deberi, quatenus in sacris militant; quod licet hodie plerique admittant, non tamen defuere, qui nouam, et quidem hanc litem proposuerunt: *Vtrum clerici domini fructuum ex bonis ecclesiasticis perceptorum fieri possent?* Id quod si negatur, frustra quæritur de *anno deseruito*, et ad heredes transmissibili, cum ne quidem fructus, qui ex reditibus ecclesiasticis tempore mortis supersunt, retineant, sed ad ecclesiam, vnde ad defunctum peruenere, redire debeant. Non loquor de *Canonicis regularibus*, qui ob *votum paupertatis*, quod præstare iubentur, omnis proprietatis prorsus incapaces dicuntur, vt tantum *facultatem consumendi* reditus habeant, proprietatem autem ipsam fructuum ad se haud pertinere, credere debeant, id quod qua persuasione fieri possit, vix capio, cum facultas consumendi absque proprietate esse nequeat. Sed transeat hic nodus Gordius, qui in foris protestantium gladio Alexandri non indiget, postquam tales *regulares clericos* non habemus. Cui interim anxia pontificiorum dubia examinare et perlustrare volu-

quod ex illa quæstione dependet: an sint domini fructuum?

volupe est, adire potest ANDREAM MENDO *de ordin. militar. disquis. IV.* aliosque, quos enumerare non vacat. Vnice ergo quaestio superest de *clericis secularibus*, h. e. qui nullo paupertatis voto constricti sunt, an hi fructus beneficiorum ecclesiasticorum suos faciant?

§. II. Hanc quaestionem tractant ZIEGLERVS *de dote Eccl. c. XI. §. 32. seqq.* FRANCISCVS SARMIENTO *de reditib. eccles. P. II. cap. I. seqq.* GONZALEZ *ad c. 5. X. de pecul. clericor.* FRANCISCVS GALLVS *de fructibus Disp. 37. art. I. n. 5 seqq.* GRANNANIETTO *in catena iurium ad C. II. de testam. n. 2. seqq.* ALEXANDER SPERELLVS *decis. for. eccl. 82. n. 5. seqq.* BARBOSA *lib. III. iur. eccles. c. 17. n. 9. seqq.* aliique et de ea magnis animi motibus contendunt. Plerique tamen ex his recte censent, dominium fructuum esse penes clericos, qui ex penu ecclesiae aluntur, quod praxi hodierna inter ipsos Catholicos adeo corroboratum est, vt argumentis plurimis hanc sententiam corroborare opus non sit, praesertim, cum inter protestantes nullus supersit dubitandi locus, nec vllum praeceptum diuinum in contrarium allegari queat. *Quod Canonista diuersimode decidunt.*

§. III. Nec tamen sic quidem *existentia anni deseruiti* satis expedita, cum dominium hoc in *c. 8. X. de testam.* adeo restringatur, vt *inter viuos* quidem de bonis disponere valeant, sed non *mortis causa*, quod ita ecclesiae, quae in bona clericorum succedit iure pontificio, praeiudicium inferatur. GONZALEZ *ad c. cit. 8. n. 3.* Si itaque ecclesia succedit in bonis defuncti clerici, frustra quaeritur de *anno deseruito*, cuius potissimum neruus in eo consistit, vt heredes defuncti siue ex testamento, siue ab intestato fructus anni deseruiti consequantur. Inde forsan ortum olim traxit *ius spolia defuncti colligendi*, vi *An inter Pontificios, detur annus deseruitus, postquam ecclesia clericis in reditibus ecclesiasticis successit.*

cy-

et spolia clericorum cedunt ecclesiae.

cuius substantia a beneficiato relicta, et ex reditibus ecclesiasticis acquisita cedebat ecclesiæ, vel potius prælatis maioribus h. e. pontifici et episcopis, vtpote qui *ecclesiam* repræsentare vulgo credebantur, prout docet LVDOVICVS THOMASSINVS *P. III. de veteri et nou. eccles. discipl. lib. 2. c. 37.* cuius iuris fit mentio in *c. 3. de offic. ordinar in 6.* Traxerunt hoc ius postmodum imperatores in vsus suos, illudque per aliquot secula exercuerunt, donec anno 1198. Otto IV. eidem renunciaret, quod pluribus explicat HENRICVS MEIBOMIVS *de iure quodam antiquo et antiquato Cæsarum German. in decedent. maior. Prælat. relict. possess.* quæ *tomo III. rerum Germanicar. pag. 185*, inserta est. Verum ne sic quidem quæstio de *anno deseruito* otiosa est ipsos inter pontificios. Nam (*a*) *dispensatione pontificis* de bonis omnibus, etiam intuitu ecclesiæ acquisitis, in vltimo elogio suo disponere possunt, quo casu fructus anni deseruiti heredibus institutis cedere debent; quod exemplo solemni Episcopi Hildesheimensis vltimo defuncti illustrat STRYKIVS *tract. de cautel. testam. in append. n. 10.* Præterea (*b*) non negant Pontificii, consuetudine contrarium plurimis in locis introductum, eamque retinendam esse censent, adeo, vt dispositio iuris Canonici fere vbique restricta fuerit ad solos Episcopos, ceteris autem clericis, et inprimis canonicis in ecclesiis cathedralibus testamenti factio reseruata sit; adeo vt, eo non facto, heredes ab intestato succedant. GRANNANIETTO *ad c. I. X. de testam n. 9.* GALLVS *de fructibus disp. 37. art. 1. n. 79. seqq.* SARMIENTO *de redit. eccles. P. II. c. 8.* ESPEN *de iure eccles. P. II. tit. 32. c. 7. n. 20. seqq.* vbi docet, seculo XV. libertatem testandi de prouentibus ecclesiasticis hinc inde inualuisse. Denique (*c*) inter protestantes eo minus dubii superest, cum bona defunctorum canonicorum ministrorumque ecclesiæ heredibus ab intestato vel ex testamento optimo iure debeantur, et ita de

Sed nihilominus datur annus deseruitus inter Pontificios.

de *fructibus anni deseruiti* nostris foris ecclesiasticis saepius concertationes emergant.

Quidam putans clericos esse vsu fructuarios.

§. IV. Euicta ergo existentia *anni deseruiti* ecclesiastici, ratio eius paucis eruenda est. Non mirandum est, Canonistas et ICtos in hac quaestione admodum fluctuasse, cum de *iure ipso*, quo fructus beneficiorum acquirantur, mirifice titubent, et ne quidem in communi sententia *capite anteced.* impugnata subsistant. Quidam comparant clericos, qui beneficiis nutriuntur ecclesiasticis, *vsufructuariis*, indeque concludunt, eodem modo diuidendos fructus inter heredes defuncti eiusque successorem in officio, quo diuiduntur inter proprietarium et heredes, secundum *l 64. de vsufr.* hoc sensu, vt *percepti* spectent ad heredes defuncti clerici, *pendentes* vero in successorem transeant. Hanc vt arriperent sententiam, inde inducti, quod viderint, clericos non esse dominos bonorum ecclesiasticorum, quibus fruuntur, sed emolumenta tantum inde percipere, adeoque inde collegerunt, ius vsufructuarium clericis competere, praesertim cum hoc ius etiam morte exspiret. Vnde LVTHERVS *tom. VI. Witteberg fol. 332.* notanter ait: Niemand kan leugnen, daß kein Pfarrherr etwas eignes an der Pfarre, sondern seyn Gäste in den Pfarr-Gütern, und müssen sie hinter sich lassen, wenn sie sterben. Et hanc sententiam defendunt allegati a FRANCISCO GALLO de *Fructibus Disp. 37. art. 1. n. 2.* AVGVSTINO BARBOSA *lib. III. iur. eccl. c. 17. n. 77.* PETRO BARBOSA *ad l. diuortio 7. p. 2. n. 44.* ALEXANDRO SPERELLO *Decis. for. eccles. 82. n. 9.* PETRO LEVRENO *in for. benefic. P. III. qu. 247. n. 3.* DE LVCA *in theatr. verit. et iustit. tom. I. de benefic. disc. 100. n. 12. et disc 84. n. 7.* COVARRVVIA *lib. I. resol. c. 15. n. 12.* ANDREA TIRAQVELLO *de retract. conuent. §. 5. gl. 4. n. 3.* Immo etiam Pro-

et ita annum deseruitum secundum iura vsus fructus aestimandum esse.

Proteſtantes ICti non adeo alieni eſſe videntur ab hac ſententia, teſtibus CARPZOVIO *lib. II. Iurispr. conſiſt. def. 352. n. 12. et 353 n. 1.* SCHILTERO *lib. II. Inſtit. iur. Can. tit. 8. §. 4.*

Quidam eos, praeſertim in morte, vſurariis comparandos eſſe cenſent.

§. V. Addo et hoc, nonnullos cum ALEXANDRO SPERELLO *cit. l. n. 9.* PETRO SVRDO *l. 3. conſ. 333. n. 9. ſeqq.* aliisque paulo ſubtilius philoſophari, ne dicam, magis lepide agere. Aiunt enim, clericos in *vita* aequiparari vſufructuariis, in *morte* vſuariis. Sed quid hoc rei eſt? Scilicet *vt, iis decedentibus, ſeruandae ſint leges de vſuario loquentes, quae prohibent fructus inexactos ad heredes transmittere, ſed illos duntaxat, quos cum effectu percepit, et inter cetera ſua bona immiſcuit, ſiue in horrea recondidit*, vt vtar verbis SPERELLI *cit. l. n. 10.* Ex quo colligunt, fructus ſeparatos quidem a ſolo, ſed nondum in horrea collectos, nec ad heredes clericorum, nec ad annum deſeruitum ſpectare. Huc etiam collineare videtur IVLII III. *conſtitutio 7. in Bullar. tom. I. fol. 697.* et noua eiusdem *declaratio fol. 698.*

Vtraque comparatio reiicitur, praeuio examine.

§. VI. Sed recte vtramque ſententiam reprobauit COVARRVVIAS *tom. I. P. 1. c. 7. n. 1. ſeqq. et lib. I. var. reſol. 15. n. 12.* cum non ſemper, quae in aliquo tertio conueniant, prorſus eadem ſint, quae tamen ſaepius, non ſine ſummo dedecore, confundi ſolent. Vſufructuarius quidem percipit fructus, percipit etiam clericus: morte tollitur ius vſufructuarii, tollitur etiam clerici. Aſt (*a*) clerici percipiunt reditus inſtar *ſalarii* pro *officio eccleſiaſtico*, et in eius compenſationem, cum vſufructuarii fructus *ſimpliciter* ſeu *gratis* percipiant, non intuitu certi oneris vel muneris, adeoque ad paria reduci nequeunt, nec de *fructibus deſeruitis* quoad vſufructuarium recte inſtituitur quaeſtio, vti quidem quoad miniſtros eccleſiaſticos.

ob rationes diuerſitatis.

Sim

Simpliciter *percipiendo* suos faciunt fructus vsufructuarii, clerici vero *deseruiendo*, et cum ita vtrobique diuersum acquirendi fructus fundamentum adsit, diuerso quoque iure censeri debent. (*b*) Tollitur quidem morte clerici etiam ius percipiendi reditus ecclesiasticos, sed non ideo, quod vsufructuarius aut vsuarius sit, sed quia caussa cessat, intuitu cuius reditus illos percepit. Neque (*c*) iure *seruitutis* proprie dictæ emolumenta habet, sed iure *beneficii* seu *salarii* vel *mercedis*, adeoque sæpe contingit, vt ante mortem hæc amittat, si officium ecclesiasticum translatione, resignatione, depositione, aliisque modis amittit. Quid quod (*d*) ne quidem eandem potestatem in prædia ecclesiastica, *beneficiario iure* ei assignata, habet, quam recte sibi vindicat vsufructuarius. Equidem Pastor recte locat prædia rustica, sed non vbique custodes et æditui: e contrario ædes parochiales ne quidem aliis locare queunt, nisi vbi hoc consuetudine receptum. Vid. *in ius Paroch. Sect. V. c. 2. §. 18.* et STYPMANN *de salar. cleric. c. 9. n. 56. seqq.* Denique ratio (*e*) quod clerici in morte tantum pro *vsuariis* haberi debeant, magis derisoria, quam vera est, cum solius glossæ, nulla legis nitatur auctoritate, quam hodie merito repudiamus.

§. VII. Quemadmodum ergo ex his apparet, falsam esse sententiam, quod clerici *vsufructuario* vel *vsuario* æquiparentur: ita prorsus erroneum est, fructus ciuiles omnes ad successorem in officio spectare. Ait FRANCISCVS GALLVS *cit. l. n. 6. Donec sunt in manibus debitoris, non possunt dici fructus percepti*, h. e. donec dies pensionum nondum venerit. Nihilominus tamen *n. 8.* addit, ideo hanc sententiam veram esse, *quia subrogatum naturam sapit eius, pro quo subrogatur*. Hoc si verum est, vtique distinguere debuisset GALLVS, vtrum fru- *Proinde non omnes fructus ciuiles assignari possunt successori.*

ctus a colono essent collecti, nec ne? id quod tamen non facit, sed simpliciter tantum respondet, videndum esse, vtrum dies soluendarum pensionum venerit, nec ne? qualis contradictoria et incerta philosophia a ICto prorsus aliena esse debebat.

Quidam distinguunt inter beneficia simplicia et non simplicia.

§. VIII. Hæc dubia videntes alii distinguunt inter beneficia *simplicia* et *non simplicia*. Hæc dicuntur, quæ curam animæ, aliamque potestatem in plebem ecclesiasticam vel administrationem annexam habent; illa vero, quæ carent cura animarum, et tantum habent obligationem horas canonicas psallendi, missas legendi, aliudque diuinum persoluendi officium. LVDOVICVS ENGEL *in colleg. iur. canon. tit. de præbend. et dignit. §. 1. n. 5.* IACOB WIESTNER *ad cit. tit. art. 2. n. 27.* Inde inferunt, in *simplicibus beneficiis*, quales sunt *canonicatus*, *capellaniæ* &c. nullam faciendam esse fructuum distributionem, nec vllam partem ad heredes præmortui transmitti, sed beneficiatos simpliciter vsufructuariis comparari: ast in *non simplicibus* instituendam esse distributionem, vt *pro rata* oneris et ministerii præstiti fructuum diuisio instituatur, exemplo mariti, qui pro rata temporis ob onera matrimonii, quæ sustulit, fructus vltimi anni percipit, Cardinalis DE LVCA *tom. I. de benefic. disc. 100. n. 12.* PARISIVS *lib. 4. consil. 33.* PETRVS BARBOSA in *l. diuortio pr. soluto matrim. P. 2. n. 59.*

nullam admittentes diuisionem in simplicibus, bene tantum in non simplicibus.

Examinatur hæc distinctio et reiicitur.

§. IX. Sed, si verum fateri licet, nullum solidum huius distinctionis apparet fundamentum. Aeque Canonici præstant, vel saltim præstare debebant officium sacrum, ac quidem illi, quibus cura animarum aliaque administratio ecclesiastica commissa est. Aeque illi accipiunt reditus ecclesiasticos pro officio, ac quidem hi, et sic quoque æque deseruire

re dicuntur emolumenta, cum *beneficium* in genere *pro officio* detur. Si ergo in beneficiis *non simplicibus* fructus sunt diuidendi pro rata temporis, quo clericus in vltimo anno vixit, etiam eodem diuidendi sunt modo in *simplicibus*, vt canonicatibus. Equidem qui ita distinguunt, forsan respexere ad praxin hodiernam capitulorum, et animaduerterunt, canonicos et capitulares parum laboris sustinere, et officio suo adeo superficiarie defungi, vt ne quidem horis canonicis amplius, vel saltim rarius intersint, per vicarios suos officia ecclesiastica obeant, et ita absque vllo onere et sudore fructus et reditus ecclesiasticos percipiant. Verum non spectandum est, quid Romae fiat, sed quid fieri debebat. Hoc certum est, ex fine primordiali dari praebendas beneficiaque *pro officio*, et ita non *absolute*, sed *ob causam*, et licet praxis peruersa inualuerit, vt per vicarios sacram rem facere possint; sufficit tamen in foro, quod officium ipsum obeant, siue per se, siue per alios, intuitu cuius percipiunt reditus. Nec muto sententiam, si quis vrgeat, nullam esse proportionem inter officium et reditus praebendarum, qui saepe adeo pingues sunt, vt vel tribus sufficere possent; hoc enim vitio seculi adscribendum est, et praeterea officia haec sacra non sunt *mercenaria*, vt proportio quaedam, vt in *mercede* operariorum, in iis attendi debeat, sed sufficit, quod *instar salarii* et *compensationis* pro diuino officio praebeantur his, qui ad munera sacra obeunda sunt vocati.

nec in canonicatibus diuersum ius obtinere debet.

§. X. Porro non mirandum est, adfuisse, qui ad initium anni spectandum esse censuere, vt clerico post initium anni defuncto, totius anni reditus in heredes eius transmitti debeant, qui sine dubio memores fuere communis Doctorum sententiae in *cap. anteced.* examinatae et reprobatae. Quod e-

Quidam ad initium anni respiciendum esse censuere, vt totius anni reditus in he-

redes transmitti debeant.

mini in genere circa salariarios iura disposuisse credebant, hoc etiam pastoribus aliisque clericis nullo iure denegari posse censebant, nisi aliud lege prouinciali cautum fuerit. CARPZOV. *lib. I. iurispr. consist. def. 171. n. 5.* STYPMANN. *de salar. cleric. c. XI. n. 20. seqq.* STRYK. *in not. ad ius eccles. Brunnem. lib. 2. c. 5. §. 10.* Postquam vero, quae circa hanc sententiam monenda sunt, capite antecedenti plenius sunt exposita, non necesse esse duco, huic dubio diutius immorari.

Ex hac sententia in capitulis quibusdam iura singularia sunt nata.

§. XI. Interim quaedam vestigia sententiae huius hinc inde in capitulis et ecclesiis superesse tum *statuta capitulorum*, tum *ordinationes ecclesiasticae* docent, vt eo magis mirer, qui factum fuerit, vt Canonistae huius sententiae, iuris ciuilis interpretibus admodum familiaris, prorsus haud meminerint. Interim si statutis specialibus et locorum ordinationibus pro parte vel in totum sententia haec approbata est, ei sine dubio standum est, cum nihil impediat, quo minus latius terminus salarii promeriti extendi queat. Vnde in pluribus capitulis certi *dies critici* sunt constituti, quos qui superuixit, fructus praebendae suae deseruiisse dicitur, ad hunc effectum, vt in heredes eos transmittat, non habita ratione illius termini, quo in possessione vel quasi constitutus est, quod ea ratione factum esse credo, vt generalis et vniuersalis terminus, a quo dies omnium redituum cedere incipit, omnibus canonicis sit praescriptus, et ita tantum in eo a sententia communi, in *cap. anteced.* impugnata, discessum est, quod *terminus a quo* non sit ex eo die constituendus, quo canonici in possessionem vel quasi canonicatus sunt constituti, vel quo *residentiam* incipiant.

Inde orti sunt dies critici deseruito salario praestitui.

§. XII.

§. XII. Sic in quibusdam capitulis (1) terminus anni deseruiti *dies Margarethae*, h. e. dies XIII. Iulii, hoc effectu, vt Canonicus, qui *hunc diem criticum* superuixit, reditus adhuc instantes deseruiisse videatur. Forsan ex moribus Saxonicis, qui fere Germaniae olim communes fuisse videntur, haec obseruantia inualuit, quibus primario ratio habetur *operarum* in agriculturam et vindemiam factarum, vt, qui, iis absolutis, decesserit, fructus acquisiuisse censeatur. Interim terminus latius quodammodo extensus est, vt etiam iis sese accommodarent, qui existimarunt, simul ad tempus instantis messis esse respiciendum, vt *potentia* fructus percipiendi *proximo* pro ipsa *perceptione* haberetur. Sic in statutis Susatensibus ita cautum est: *Et quia immemorabili tempore circa et vltra semper in Ecclesia nostra obseruatum fuit, deinceps etiam obseruabitur, quod Canonicus praebendatus et emancipatus et in perceptione fructuum suorum Canonicatus et praebendae existens, dummodo non sit suspensus, si moriatur post festum S. Margarethae, quo consueuerunt fructus praebendarum huiusmodi deseruiit, habeat tres, si vero antea moriatur, duos duntaxat habeat annos gratiae, et illis finitis, Capitulum et Ecclesia habeat duos alios in canonicatu et praebenda praedictis, et si huiusmodi Canonicus emancipatus et residens atque in perceptione omnium residuorum ac etiam graduum (si modo de iisdem sit prouisus) existens, diem S. Margarethae superuixit, ipsa etiam residua istius anni absque vlla contradictione habeat, et interim Canonicus nouus dicti defuncti praebendam assecutus, a fructuum perceptione expectare teneatur, nec ante illorum lapsum possit quodammodo emancipari.* Illustrari hoc ipsum vlterius potest per sententiam illustr. Facult. iurid. huius loci mense Nou. 1705. latae, huius tenoris:

In quibusdam capitulis terminus anni deseruiti est dies Margaretha.

Quod illustratur responso.

In Sachen NN. Klägers an einem NN. Beklagten andern Theils erkennen V. G. G. Friedrich König in Preussen rc. auf vorgehabten Rath der Rechts-Gelehrten vor Recht:

Das Kläger dasjenige, so ihm zu beweisen obgelegen, und Er sich angemasset, zur Nothdurfft erwiesen, dannenhero Beklagter die nach N. N. Tode verfallene Decanat Renthen von einem Jahre, als anno deseruito, Klägern abfolgen zu lassen schuldig, es werden auch Klägern, so viel das besagtem Decano zugehörige Canonicat betrifft, nebst dem anno deseruito, die in denen Statuten geordnete zwey Nach-Jahre billig gegönnet. V. R. W.

Rationes decidendi.

Ob wohl, so viel die Decanat-Renthen und den von Klägern prætendirten annum deseruitum betrifft, Ihme Klägern in actis commissionis fol. 11. auferleget worden, daß er die angezogene Obseruanz, daß nehmlich ein Decanus, welcher diem Margarethæ erlebet, annum deseruitum habe, und die Renthen auf seine Erben transferire, gehörig erweisen solle, Kläger aber die desfalls von Anfang vorgeschlagene Zeugen hernach nicht abhören lassen, und es dahero scheinen möchte, daß er das fundamentum actionis nicht erwiesen, hiernächst Beklagter wegen des Canonicats und dahin gehörigen anni deseruiti et annorum gratiæ anführet, daß der verstorbene Decanus N. N. die residentiam iuxta statuta nicht gehalten, und er also aller emolumentorum so wohl vor sich, als seinen heredem, den jetzigen Kläger, sich verlustig gemacht habe. Dennoch aber und dieweil quoad annum decanatus deseruitum der fol. 17. in act. commiss. befindliche extract Statutorum Susatensium wahr besaget, quod quilibet Canonicus emancipatus, præbendatus et in perceptione fructuum suorum existens, si moriatur in festo Margarethæ, vel postea, tres annos gratiæ (quorum primus deseruitus est) habere debeat, und dann dahero

hero noch in art. 41. disponiret wird, quod nulla dignitas annos gratiæ habere debeat, eo ipso sich zu Tage leget, quod exceptio in dignitatibus sit quoad solos annos gratiæ, dispositio generalis præcedens autem quoad annum deseruitum ad omnes indistincte pertineat, wie denn was die Distinction inter annos gratiæ et annum deseruitum betrifft, und daß solche gegründet, die Partheyen in Actis einerley Meinung sind, wozu kommet, daß Kläger durch die in Actis, sonderlich fol. 33. b. seqq. befindliche attestata dargethan, daß auch in andern benachbarten Stifftern derer Decanorum Erben annus deseruitus gelassen werde, daher denn, wie die Umstände geben, auch in denen zwischen dem verstorbenen Decano N. N. und jetzigen Beklagten, vormahls aufgerichteten Vergleich fol. act. 5. eben zu dem Ende des termini Margarethæ gedacht worden, und das attestatum fol. 32. b. besaget, daß nach des vormahligen Decani von N. Absterben der Pachter dessen Schwester den Pacht bezahlet habe, weshalb die anfangs vorgeschlagene Zeugen abhören zu lassen, um so viel weniger nöthig gewesen, da Beklagter fol. 44. b. selbst anführet, daß keiner derselben das Absterben eines Decani vorhin erlebet, und also auch von dem anno deseruito keiner einige gegründete Nachricht geben könne. Hiernächst quoad reditus Canonicatus et annos gratiæ Kläger durch das attestatum num. act. 6. lit. G. beygebracht hat, daß der verstorbene Decanus N. N. in denen letztern Jahren fast immer mit allerhand Leibes-Gebrechen behafftet gewesen, und aber aus denen Rechten bekannt ist, quod iustum impedimentum, vt morbus et aduersa valetudo, a residendo excuset:

C. 10. in f. X. de cleric. non resident.

C. 1. X. de cleric. ægrot.

Zugeschweigen, daß S. Churfürstl. Durchl. zu Brandenburg Friederich Wilhelm, Glorwürdigsten Andenckens, laut fol. act. 110. b.

bereits Ao. 1669. disfalls gnädigst und ohne restriction ad certum tempus dispensiret; So ist dergestalt zu erkennen gewesen.

Alibi terminus anni deseruiti est dies Iacobi:

vti in ecclesiis Halberstadiensibus,

et Hildesiensibus.

§. XIII. In aliis capitulis (2) *vigiliæ S. Iacobi* pro termino anni deseruiti sunt constitutæ, adeo, vt si primum tantum campanæ pulsum ægrotans adhuc audiuerit, annus deseruitus esse censeatur, et reditus integri anni ad heredes transmittantur. Hunc morem seruant ecclesiæ Cathedralis et collegiatæ Halberstadienses, vti noto notius est, adeo vt si capitularis vel canonicus post primum campanæ pulsum in vigiliis Sti Iacobi (quod vocant, wenn er den Adam, vti campana dicitur, noch gehöret hat) mox moriatur, heredibus eius integri anni, cuius initium ab hoc tempore computatur, fructus obueniant. Similiter in ecclesiis, Cathedrali et collegiatis Episcopatus Hildesiensis eundem obseruari morem, ex actis, quondam ad facultatem transmissis obseruavi, vnde sequentia testimonia huc transferre libet. Primum sunt simpliciter litteræ testimoniales, huius tenoris:

Hoch-Würdige,

Auf Euer Hochw. an mir abgethane schriftliche Anfrage berichte mit wenigen zuverläßig, daß bey hiesiger Collegiat-Kirchen, desjenigen Prælati, siue Canonici, welcher horam duodecimam festi S. Iacobi überlebet, alle die ordinarii reditus ceu fructus, præsertim in frumentis consistentes, deren Zahlung um Martini allererst zu geschehen pflegt, ob derselbe schon ante dictum festum Martini stirbt, gleichwohl die Erben geniessen, und sehe auch nicht, aus was Ursachen sothane fructus ihnen könten vorenthalten werden, die der defunctus allhier in termino S. Iacobi, wie daselbst in termino S. Margarethæ, bey Lebzeiten bereits iure acquiriret hat. Man hat allhier casum præsentem, dieweil unser Herr Probst

von

von der S. leider den 16. Octobris nächsthin verstorben ist, dessen Erbgenehmen hiesiges Capitulum das ordinarium præposituræ in frugibus circa hoc tempus soluendis consistens nicht vorenthalten wird noch kan, und sehe nicht, was jetzigen Herrn Dechanten von Ss. helffen kan, quod fuerit confirmatus coadiutor ante festum S. Margarethæ et futurus successor, quia hæc regia confirmatio non tribuit ius ad reditus decanales iam alteri in viuis iure cessos, sed ad cedendos tempore mortis defuncti Dni. Decani, id est in termino proximo S. Margarethæ. Dieses ist meine geringschätzige ohnmaßgebliche Erinnerung, und glaube, daß bey hiesigem hohen Stifft durchgehends bey allen so Cathedral- als Collegiat-Kirchen also auch gehalten werde, womit denn nechst Empfehlung GOttes beständig verharre

Ew. Hoch-Würden

Dienst-ergebenster
Diener

N. N.

Secundum documentum est attestatum ecclesiæ collegiatæ S. Mauritii huius tenoris:

Nachdemmahlen seine Hochwürden Herr von N. hiesiger hohen Dom-Kirchen zu Hildesheim Canonicus Capitularis et Cellerarius, qua Testamentarius seines Brudern seel. Weyland des Hochwürdigen und Hochwohlgebohrnen Herrn, Herrn N von N. Gottseligen Andenckens, obwohlgemeldter hohen Dom-Kirchen respectiue gewesenen Canonici Capitularis Senioris, Drosten zu Peine und Dechanten zu Soest rc. bey dem Collegiat-Stifft Sti Mauritii prope et extra muros Ciuitatis Hildesheimensis um ein beglaubtes Attestatum, (wie es nach besagtem Stiffts zeitlicher Herr Dechanten Tod Nach-Jahren und gebührenden intraden ge-

halten

halten würde) Ansuchung gethan, als wird hiermit attestiret, daß dem zeitlichen Herrn Decano de præbenda Canonicali prouiso (daferne Er primas vesperas Sancti Iacobi überlebet) demselben ex vera obseruantia, denen Kirchen-Statutis gemäß, die fructus decanales ac præbendales cum án et connexis, hiesiges Orts Obedientien genannt, saluis tamen ministrationibus von zwey Jahren, als von dem, darin er gestorben, und darauf nächst-folgenden Jahre ohne disputirlich gereichet und abgefolget werden. Dessen zu Urkund ist gegenwärtiges Attestatum mit obgedachten Collegiat-Stiffts Sancti Mauritii gewöhnlichen Insiegel wissentlich bedrucket und unterschrieben worden. So geschehen aufm Berg-Flecken vor Hildesheim den 29. Januarii 1703.

Ex mandato Dominorum,

N. N. Voigt

daselbst.

Denique addo attestatum capituli ecclesiæ collegiatæ S. Crucis, quod ita se habet:

Wir Decanus, Senior, Scholasticus und sämmtliche Capitulares der Collegiat-Stiffts-Kirchen zum heiligen Creutz binnen Hildesheim urkunden und bekennen hiermit: Demnach der Hoch-Würdig- und Hoch-Wohlgebohrne Herr N. N. von N. hiesiger hohen Dom-Kirchen zu Hildesheim Canonicus Capitularis und Cellarius, als testamentarius seines Bruders Weyland des Hoch-Würdigen und Hoch-Wohlgebohrnen Herrn N. von N. dieser hohen Dom-Kirchen zu Hildesheim, auch gewesenen Canonici Capitularis und Senioris, wie auch Drosten zu Peina, und Dechanten der Archidiaconat-Weltlichen Stiffts-Kirchen zu Soeß, rc. bey uns um ein beglaubtes attestatum (wie es bey unserer Kirchen nach Absterben eines Decani oder Canonici mit denen Nach-Jahren und fructi-

fructibus præbendarum und obedientiarum gehalten und obſerviret würde) gebührende Anſuchung gethan; So haben wir deſſen geziemenden Suchen um deſtoweniger zu deferiren und Statt zu geben, Bedencken getragen, ob es der Billigkeit gantz gemäß iſt, und keinem zum Nachtheil gereichet. Bezeugen demnach und atteſtiren, daß wenn ein Decanus oder Canonicus unſerer Collegiat-Kirchen primas veſperas S. Iacobi Apoſtoli (als einen in ſtatutis Eccleſiæ enthaltenen terminum deſeruitionis) überlebet, der oder dieſelben alsdenn annum deſeruitum und annum gratiæ völlig verdienen und genieſſen, und deren Erben oder teſtamentariis, die von dieſen beyden Jahren percipirende Fructus præbendarum et obedientiarum unweigerlich gereichet und abgefolget werden. Uhrkundlich haben wir dieſes mit unſerm gewönlichen Inſiegel bedrucken, und durch unſern Syndicum eigenhändig unterſchreiben laſſen. So geſchehen Hildesheim den 7. Februarii 1703.

N. N.
Capituli S. Crucis
Syndicus.

§. XIV. (3) In eccleſia cathedrali Magdeburgenſi anni deſeruiti terminus eſt *dies Matthiæ* h. e. 25. Februarii, hoc effectu, vt qui tantum primum pulſum maioris campanæ audiuerit, et mox poſtea deceſſerit, fructus eius anni deſeruiiſſe cenſeatur, vti patet ex BERGERI *reſpons. 9. P. I.* (4) In Epiſcopatu Miſnienſi ſunt duo termini MICHAELIS et WALPVRGIS, ita vt qui alterutrum horum ſuperuixit, tantum reditus illius termini deſeruiiſſe cenſeatur; cuius illuſtrationis gratia reſponſum BERGERI *cit.* hic adferre lubet:

In eccleſiis Magdeburgenſibus dies Matthiæ obſeruatur.

Alibi ad diem Michaelis vel Walpurgis reſpicitur.

WEnn ihr nun gleich zu eurem und derer übrigen Intereſſenten Behuff, vorzuwenden hättet, daß, nach Anleitung der gemei-

 nen

nen Kayserlichen Rechte, und bewährter Rechts-Lehrer einhelligen Schlüsse, im Fall ein Bedienter, auch im Anfang des Jahres verstirbet, nicht minder das vollständige Jährliche salarium für verdienet geachtet, und auf die nachgelassenen nächsten Erben durch Erbgangs-Recht verfället werde, ingleichem, solchem gemäß die Primat und Ertz-Bischöffliche Kirche zu Magdeburg, nach deren stylo so wohl als anderer Ertz-Stiffter in Teutschland die übrigen in zweiffelhafften Fällen sich zu conformiren pflegen, Inhalts des ertheilten Attestats fol. 4. geordnet, welchergestalt, da ein Canonicus daselbst am Tage Matthiæ nach beschehenen Schlag der grösten Glocken gleich alsofort verstürbe, jedennoch desselben Erben des folgenden, und um nächst-kommenden Tage Mauritii angehenden Jahrs Einkünffte völlig gefolget werden sollen, welches dann um so viel destomehr allhier statt finden müste, indem gedachter massen euer Bruder nicht anfangs des Jahrs, sondern erst 14. Tage vor Endigung dessen, und da intra trigesimum das streitige Zinß-Getraydig fällig worden, Todes verblichen, wannenhero es auch der natürlichen Billigkeit zuwider scheine, dáferne dasjenige, so die Rechte disfals aus vernünfftigen Ursachen denen Erben zu gute, auch im Fall des bloß erlebten und angetretenen Jahres geordnet, bey so gestalten Sachen und da offtgedachter euer Bruder solches fast gar vollendet, und das hiervon gehörige Einkommen verdienet, aus denen Augen gesetzet werden solte, in mehrerer Erwegung, wie durch die vorhin angemerckte Zulassung des Capituli, und, nachdem dasselbige bey Einbringung des Getraydes euch weder Einhalt gethan, noch sonsten wiedersprochen, ihr ein beständige Befugniß, woraus hinwieder ohne Verschuldung ihr nicht zu setzen, erlanget zu haben vermeinet, hierüber und letzlich auch allenfalls auf die Churfürstl. Sächs. sechzehende Constitution des 3ten Theils ein Absehen zu richten wäre, Krafft welcher bey denen Zinsen, so auf eine gewisse Zeit zu fallen pflegen, die Eintheilungen pro rata temporis zu machen.

Den-

Dennoch aber und dieweil nach Anweisung des fol. 8. befindlichen Extracts unter andern ein Stifftisches Statutum vorhanden, vermittelst dessen im gegenwärtigen Fall deutlich denen Käyserlichen so wohl auch Churfürstl. Sächs. Rechten derogiret, und versehen worden, daß, im Fall ein Dechant oder anderer Canonicus einen dieser beyden Terminen, als Michaelis und Walpurgis überleben würde, so dann desselben Erben der Einkünffte desjenigen Termins allein, welchen der Verstorbene zurück geleget, sich zu erfreuen haben sollen, bey welcher Bewandniß denn solch Statutum weder, Eurer Meynung nach auf die halbe Jahres-Begnadigung, so ohne dis, als ein ius singulare ad Prælaturas füglich nicht gezogen werden mag, noch bloß von Ausschliessung des angefangenen Jahres sich deuten läßet, immassen auch auf obige Rechte, ingleichen der Primat- und Ertz-Bischöflichen Kirchen zu Magdeburg, (dazumahlen von derselbigen das hohe Stifft Meissen nicht dependiret) statutum ihr mit Fug euch nicht zu beziehen, noch damit zu behelffen habt, daß, ungeacht in Churfürstl. Sächs. Landen der Pfarrer Wittwen und Erben wegen des ihnen gegönneten halben Gnaden-Jahrs, das Pfarrliche Einkommen, bloß pro rata temporis und so lange der Pfarrer dem Predigt-Dienst vorgestanden, gefolget wird, gleichwohl, wann derselbige im Monat Augusto mit Tode abgegangen, die Einkünfte des darauf folgenden Termini Michaelis nebst denen übrigen herzugehörigen, auf Wittwen und Erben bringe, gestalt obiges hinwiederum, vermöge des 41. general-Articuls, hierüber in facto sich allhier ereignet, daß Euch und denen übrigen Mit-Erben, nicht des gantzen Jahres Einkommen, massen Innhalts der vom Capitulo ertheilten Resolution fol. 5. das an Walpurgis gefällige euer Bruder selbsten eingehoben, sondern allein, nach Anleitung des offt angeführten Statuti, die Michaelis betagten Intraden entzogen worden, in Erwegung dessen dann ihr um so viel destoweniger einiger Unbilligkeit hierunter euch zu beschweren, endlich auch was ohne Einhalt und contradiction eines

und

und des andern Capitularis, von euch geschehen, zu Behauptung des petitorii, zumahlen nach Gelegenheit disfalls und wieder ein gantz Capitulum nicht zulänglich ist.

So erscheinet dannenhero so viel, daß im Fall auch gleich, eurem Anziehen nach, des statutum anjetzo hinwiederum geändert, und nach dem Magdeburgischen eingerichtet wäre, jedennoch in Ansehung, wie dergleichen Veränderungen ohne ausgedruckte disposition auf vergangene Fälle nicht zu ziehen, ihr sammt denen übrigen Erben der streitigen und Michaelis 1674 fälligen Dechaney-Einkünfte mit Beystande Rechtens euch anzumassen nicht befugt. V. R. W.

Desideratur tamen, vt residentia impleta sit ante mortem.

§. XV. Sine dubio autem desideratur, vt residentiam statuto tempore impleuerit, quia fructus annui dantur propter annuam residentiam in loco canonicatus. LVDOVICVS ENGEL *in collegio iur. canon. ad tit. X. de cleric. non resid. n. 24.* quamvis etiam hic mores varient. Sic in illustri quodam capitulo Germaniæ hæc res ita definita est:

Zu wissen, daß zwischen Endesbenannte Herren eines Hoch-Würdigen Dom-Capituls wegen des anni deseruiti und gratiæ nachstehende Abrede genommen, und selbige in diesen verbindlichen Vergleich gebracht worden.

1. Wenn ein oder ander unter ihnen zu solcher Zeit e. g. anno 1671. mit Tode abgehen solte, da er seine vom Mauritii 1670. angefangene Residentz noch nicht compliret, und also annum deseruitum zurück geleget hätte, daß demnach dessen hinterbliebene Frau Wittwe und Leibes-Erben die portion von dem Getreydig Erndte 1671. und Geld-Einnahme Oculi 1672. inclusiue, von denen Dom-Capitularischen Aufkünfften, so dem Verstorbenen, wenn Er annum deseruitum hätte, gebühret, (darunter auch die von denen Prælaturen, obedientien und andere dignitäten gefällige reuenuen mit zu verstehen) von der Endesbenannten überlebenden Herren paciscenten contin-

gent

gent pro rata, nebst denen reuenuen ratione anni gratiæ von der Erndte 1672. und Geld-Einnahme 1673. inclusiue soll abgefolget werden.

2. Hätte er aber 2. annum residentiæ, so sich exempli gratia Mauritii 1670. angefangen tempore mortis völlig deseruiret, so sollen seine hinterlassene Frau Wittwe und Leibes-Erben vltra annum hunc e. g. 1671. deseruitum et annum e.g. 1672. gratiæ, als welche beyde ohnedem in Krafft der Statuten (zumal aber den Herren, so prælaturen, obedientien und dignitäten besitzen, allemahl, wenn annus deseruiret worden, den pulsum campanæ maioris in die Matthiæ gehöret, hernach aber ohne complirung der folgenden Jahrs-Residentz mit Tode abgangen, bedeuteter prælaturen, obedientien und dignitäten behörige des folgenden Jahrs betagte reuenuen abgefolget werden, und daher auch bey dieser Bewandniß, wenn der Tag Matthiæ nicht erlebet worden, nicht minder deren zweyjährige gefällige Einkünfte als eines anni deseruiti, und eines anni gratiæ wegen, völlig denen Wittwen oder Kinder zu lassen seyn) Ihnen gebühren, die Dom-Capitularische Auffkünffte der præbende (darunter aber, solchenfalls der Prælaturen, obedientien und dignitäten reuenuen nicht mit zu verstehen, sondern solchen dritten Jahrs halber denen Herren, so per optionem, oder sonsten solche zukommen würden, deren bedeuteten prælaturen, obedientien und dignitäten Nutzungen und Einkünfte gelassen werden sollen) an der Korn-Erndte de anno 1673. und bis Oculi 1674. inclusiue betagten Geld-Einnahme, und von dem darauf folgenden dritten Jahre gegeben werden, massen auch der künfftigen Jahre wegen, da ein oder andere Herren mit Tode nach GOttes Willen, abgehen würden, es solchergestalt ferner, wie bedeutet, gehalten und extendiret werden kan und soll.

3. Welches denn drittens erfolgen soll, es sey daß der verstorbene Wittwe und Kinder zusammen, oder respective allein hinterlassen würde. Auf collateralische oder auswärtige testaments-Erben aber soll dieser Vergleich nicht extendiret werden. Geschehen bey dem General-Capitul. Oculi den 5. April. 1671.

Si residentia per dispensationem remissa, anno deseruito nisi decedit.

§. XVI. Cui tamen residentia per dispensationem principis est remissa, pro residente habetur, ad hunc effectum, vt anni deseruiti reditus heredibus debeantur, qui residentibus adscripti sunt. LYNCKER *resp.* 42. *n.* 12. Quod si autem Capitulari aliquod tantum temporis spatium ratione residentiae remittatur, intuitu certi negotii in aula principis forsan peragendi gratia, et ille mox in ipso itinere decedat, an haec remissio ipsius heredibus prodest, ad anni deseruiti fructus integros percipiendos? negatiua placuit illustri Facultati iuridicae in casu, quem *c.* 1. *§.* 12. exhibui. Rationes ex his, quae sequuntur, apparent: Wenn gleich eingewandt werden möchte, daß der annus residentiae vorkommenden Umständen nach pro completo zu halten, indem der Verstorbene 8. Wochen von vorigem Jahre noch würcklich residiret, und an den nöthigen 17. Wochen nicht mehr als 9. Wochen ermangelt, welche doch das Capitulum auf Anhalten Sr. Fürstl. Durchl. remittiret, und laut Beylage sub lit. D. an seiner capitularischen Residentz mit deutlichen Worten 9. Wochen erlassen, also nach denen statutis capitularibus der annus pro deseruito zu halten, nach welchen nichts mehr erfordert wird, als daß der Capitularis die gesetzte 12. Wochen residiret. Dieweil aber dennoch solche Erlassung der 9. Wochen ad instantiam Serenissimi, welcher den Verstorbenen in seine Dienste nach Hofe wieder verlanget, geschehen, und in dieser Absicht allein erfolget, hiernächst in der sub lit. C. befindlichen Commission gleichfalls ausgedrucket, daß das Capitulum wegen der auf die Commission

zu

zu verwendenden Zeit den Verstorbenen an seiner Residenz 9. Wochen zu gute gehen lassen wolte, in beyden Fällen aber die Condition, wenn er solche Zeit auch überleben und in des Fürsten Diensten seyn würde, ex natura ipsius remissionis tacite darunter verstanden wird, nachdem das Capitulum nicht schlechterdings, sondern weil Serenissimus ihn nach Hofe verlanget, die begehrte remission der residirenden Zeit eingewilliget, gleichwohl der verstorbene Capitularis solche Zeit nicht überlebet, sondern auf der Reise nach Hofe verstorben.

So halten wir davor, daß des Verstorbenen Brüdern der annus deseruitus nicht gantz, sondern nur pro rata, gebühre. V. R. W.

Deficientibus statutis pro rata temporis reditus præbendæ heredibus cedunt.

§. XVII. Ceterum si statuta, mores, pactaque circa annum deseruitum deficiunt, meo quidem iudicio, subsistendum in illa doctrina, quam capitibus antecedentibus defendi, vt *pro rata* temporis fructus annui, qui loco *salarii* sunt, defuncti heredibus debeantur. Cum enim beneficium detur propter officium et seruitium ecclesiæ, *c. 16. de præbend. c. f. de rescript. in 6.* merito quoque heredes plus petere nequeunt, quam quatenus officium debitum defunctus præstitit, vt docent GARCIAS *de benefic. P. 2. c. 1. n. 96.* COVARRVVIAS *lib. I. var. resol. c. 15. n. 12. sqq.* SARMIENTO *de redit. eccles. lib. IV. c. 6. n. 13.* FLAMINIVS PARISIVS *de resignat. benefic. lib. I. qu. 6. n. 79. seqq.* PETRVS LEVRENIVS *in for. benefic. P. III. qu. 247. n. 1.* MONET. *de distribut. quotid. P. III. qu. 4. n. 24.* ESPEN. *P. II. iur. eccles. tit. 83. c. 8. n. 24. sqq.* Suo modo etiam hanc diuisionem pro rata temporis admittit ALEXANDER SPERELLVS *decis. for. eccl. 82. n. 24.* sed ea tamen duntaxat causa, si beneficii ecclesiastici reditus in solutione pecuniæ consistunt, secus si in fructibus naturalibus. Rationem diuersitatis inde pe-

Sine distinctione fructuum.

N nnn 2 tit,

tit, quod commoda hæc pecuniaria quotidie currant, et quotidie deberi incipiant, cum commoda ex fructibus naturalibus debita, regulariter iuxta eorum naturam æſtimanda ſint, quia certo anni tempore tantum percipiuntur, et ita ad diem *perceptionis* reſpici debet; quam ſententiam ante SPERELLVM iam pluribus argumentis exornauerat PETRVS BARBOSA *ad l. Diuortio 7. D. ſolut. matrimonio P. 2 n. 27. ſqq.* Verum (*a*) fluxit hæc diſtinctio ex comparatione canonicorum cum vſufructuariis, antea iam reiecta: (*b*) reditus pecuniarum non ſunt vnius eiusdemque naturæ: quidam enim in ſalario annuo conſiſtunt, quidam vero continent penſiones, certo anni tempore debitas, quæ inſtar *fructuum* certo anni tempore percipiendorum cenſentur; quidam denique quotannis ſoluuntur locationis iure, pro *fructibus*, quorum diuerſitas in vſufructu maxima eſt. Si itaque comparatio cum vſufructu hic admittenda foret, diſtinctius quoque circa reditus pecuniarios procedi debuiſſet, quod SPERELLVS haud obſeruauit.

In determinando tam n anni initio mores eccleſiarum variant.

§. XVIII. Sicuti vero in huiusmodi diſtributione ad *terminum a quo*, ſeu initium anni, eſt reſpiciendum, ita mores eccleſiarum in determinando hoc termino variant. In Epiſcopatu Abulenſi annum a primo die Ianuarii computari teſtatur GARCIAS *cit. l. n. 99.* In Archiepiſcopatu Cæſar. auguſtano anni initium a die I. Aprilis conſtitutum eſt, teſte eodem *cit. l.* In Synodo Antwerpienſi relata ab ESPENIO *cit. l. n. 26.* ita cautum eſt: *Fructus paſtoratus aut beneficii vacantis per deceſſum vel ceſſum debentur domui mortuariæ pro rata temporis, quo poſſeſſor reſedit poſt feſtum S. Ioannis Baptiſtæ.* Alibi alii dies critici, a quibus anni initium auſpicandum eſt, ſunt conſtituti, maxime vero ad eos, deficiente ſtatuto, reſpiciendum eſſe arbitror, quibus quis reſidentiam ſuam in anno clauſtrali, vulgo

go im Kloster-Jahr, auspicari debet, quia eo ipso censetur officii sacri initium facere. Termini hi variant. Alibi annus claustralis inchoatur *in vigilia D. Thomae* alibi *in vigilia Aegidii* vel *Margarethae*, alibi aliter, vt obseruat ZIPAEVS *consult. IV. de Success. ab intest. et, in pluribus*, ait, *ecclesiis annum computari consuetum est a festo S. Ioannis, seu alterius Sancti, pro cuiusque Ecclesiae obseruantia, eo quod ad eum diem praecise beneficiarii residentiam inchoare possint et debeant, et reuoluto anno ad eum diem finiant; vnde eundem computum ratio fructuum sequitur. Atque eius quidem rationis semper ea causa manet, vt ad ratam praestiti eo anno seruatum operae pretium, quatenus operarius dignus est mercede sua. In Synodo Mechelensi cautum esse testatur* ESPEN *cit. l. vt instituti a capta possessione et inchoata residentia pro rata temporis fructibus gaudeant.*

§. XIX. Vbi vero secundum ius commune reditus annui beneficiorum *pro rata temporis* debentur, non sufficere existimo, canonicum defunctum ad aliquot menses anni vltimi vixisse, sed etiam desideratur, *vt residentiam* inchoauerit, et pro aliqua temporis parte perfecerit. Residentia enim exigitur *propter officium sacrum* peragendum, cuius intuitu reditus praebendae percipit, et quamuis hodie residentia fere otiosa et officii omnis sacri expers esse soleat, id tamen de *facto* magis quam *de iure* fit, et inter *abusus capitulorum* referendum. Interim expeditum est, residentiam in omnibus capitulis adeo esse necessariam, nisi dispensatione ab illa quis liberatus sit, vt sine ea fructibus deseruire nequeat, ideoque nec vltimi anni fructus pro rata deseruiti sunt, si omnis deest residentia. Ceterum in plerisque Germaniae capitulis sufficit residentia ad aliquot

Hoc casu tamen in capitulis simul ad residentiam respiciendum.

quos menses, v. g. in Ecclesia Cathedrali Magdeburgensi ad septendecim hebdomades, adeoque si intra tempora residentiæ moritur Canonicus, *pro rata residentiæ* anni deseruiti reditus cedunt heredibus: si *residentiam* in totum absoluit, puto heredibus integros fructus anni vltimi deberi, etiam in iis capitulis, *vbi pro rata* tantum fructus deseruiti censentur. Reditus enim beneficiorum debentur capitularibus et canonicis propter officium sacrum; hoc vero hodie absolutum censetur, si debito tempore canonici et capitulares residentiam absoluerint, et ita fructus integri quoque deseruiti videntur.

Si heredibus plures anni indulgentur, vtrum sint gratiæ an vero deseruiti censendi?

§. XX. Solent præterea in quibusdam capitulis vel *statuto* vel *speciali pacto* capitularium heredibus præter annum *deseruitum* et *gratiæ* adhuc reditus vnius vel duorum annorum concedi, quos vocant, die Nach-Jahre, de quibus non raro quoque lites emergunt: Cardo controuersiæ in eo consistit. *Vtrum hi anni*, die Nach-Jahre, *quæ præter annum deseruitum et gratiæ heredibus ex pacto debentur, ad deseruitum, an vero gratiæ annum spectent?* Ratio diuersitatis patet ex iis, quæ *cap. I. §. XI. seq.* adducta sunt, primaria vero inde, quod *annus gratiæ* in nonnullis capitulis viduæ et liberis debeatur, non *iure hereditario*, sed *singulari*, ideoque etiam liberis, hereditate paterna abstinentibus, denegari nequeat. Sed *annus deseruitus* heredibus, qua talibus, competit, et ita ad lucra hereditaria spectat. Grauis admodum controuersia hac de re anno 1694. mota fuit, vbi Decanus illustris cuiusdam ecclesiæ cathedralis mortuus erat, qui viduæ et heredibus suis prospexerat de reditibus quorundam annorum post mortem suam percipiendis. Mortuo eodem d. 17. Febr. vidua mox d. 14. Martii eiusdem anni decesserat, inde inter huius et Decani heredes contendebatur: *vtrum reditus annorum ex speciali pacto debiti, heredibus* vi-

viduæ, an vero Decani essent soluendi? Illi pro se allegabant, hos reditus ad annos *gratiæ* pertinere, qui viduæ in defectu liberorum essent præstandi, et cum horum dies cessisset, vidua viuente, heredibus quoque eius ius illos petendi esse. Hi vero arbitrabantur, reditus annorum duorum, post mortem ex pacto debitos, *annis deseruitis* annumerandos esse, et sic *heredibus* Decani, non viduæ, nec eius heredibus deberi. Re ad illustr. Facultatem huius loci *Mens. April. eiusd. anni* delata, existimatum fuit, pro vtriusque heredibus esse respondendum. Illustrationis gratia ipsum responsum subiicere lubet: *et sententia illustris facultatis Iuridicæ Hallensis refertur.*

Ist bey einer hohen Stiffts-Kirche in denen Statutis cap. de resignatione et morte Canonicorum §. 9. wegen des Gnaden-Jahres folgendes verordnet.

> Annorum tamen gratiæ nulli alii, quam defuncti Canonici vidua et descendentes capaces sunto, collaterales vero quoad dictos annos gratiæ penitus excludantur.

Und hat sich zugetragen, daß ein Dom-Dechant bey derselben Stiffts-Kirche mit einem Hoch-Würdigen Dom-Capitul allda den 9. Septembris anno 1673. wegen des anni deseruiti et gratiæ sich verglichen, wie folgende formal-Worte lauten:

> So sollen des Herrn Decani Erben sowohl in linea collaterali als descendenti den annum deseruitum, und ausser dem noch 2. Jahr zu geniessen haben und plene mit percipiren.

Welches anno 1679. den 10. Sept. auf die Wittwe extendiret worden, his verbis:

> Daß alsdenn Seine etwa nachbleibende Frau Wittwe und Erben, so wohl in linea collaterali als descendenti nichts destoweniger, als wenn er hier in loco seine Residentz vollkommlich gehalten hätte, percipiren sollen. &c.

Und

Und wie hernach anno 1694. den 17. Febr. gedachter Herr Dom-Dechant verstorben, und dieses 94sten Jahres Einkünffte, als pro reditibus anni deseruiti zu halten, auch bald darauf, und zwar am 14. Martii selbiges Jahres, die Frau Witwe mit Tode abgegangen, und also den Tag, da annus gratiæ, nemlich Mauritii 94. angehen sollen, nicht erlebet, so entstehet zwischen des seel. Herrn Dom-Dechanten und der Frau Witwen Colleterales, weil jener keine Descendenten verlassen, die Frage:

> Ob Vigore pacti die fructus anni deseruiti und der beyden Gnaden-Jahre des seligen Herrn Dom-Dechanten Bruder, als Collateral-Erben; oder aber selbigen Frau Wittwen Collateral Erben zugehören?

Ob es nun zwar das Ansehen gewinnen will, daß der Wittwen Erben von dem Gnaden-Jahre gäntzlich zu excludiren, indeme solches nicht eher seinen Anfang gewinnet, bevor der annus deseruitus verflossen.

> *arg. l. diem functo D. de offic. assessor.*
> *l. fin. C. de domest. et protector. et ibi* BRUNNEMANN. *in Comment.* COTHMANN. *Resp. Acad. 46. n. 15.*

Die Frau-Witwe aber 4 Wochen nach des Herrn Dom-Dechantens Tode verstorben, und also, da sie den Anfang des Gnaden-Jahrs nicht erlebet, Sie auf ihre Erben nicht transmittiren können, indem bekannt, quod heres plus iuris non consequatur, quam quantum defunctus habuit.

> *L. Nemo 54. D. de R. I.*

Zu geschweigen, daß die præstatio anni gratiæ ein debitum annuum ist, von welchem in den Rechten deutlich versehen, quod primi

mi anni, qualis hic est annus deseruitus, debitum sit purum, secundi vero, quorsum pertinet futurus gratiæ annus, sit conditionale, si vixerit.

L. 4. D. de ann. et menstr. legat.

Hiernächst die Wittwe auch kein ander Recht, als ex pacto defuncti cum capitulo haben könte, indem sie keine ordentliche Erbin desselben ist, per pactum autem obligatio alteri acquiri non potest.

§. 18. I. de inutil. stipul.

Weil aber dennoch das Gnaden-Jahr nicht allein ex pacto, sondern ex statuto capituli dependiret, darinnen expresse verordnet, quod vidua et descendentes anni gratiæ capaces sint, und also vidua ein gedoppeltes Recht zu solchem Gnaden-Jahr hat, hingegen die Collaterales durch solches statutum gänzlich davon ausgeschloßen sind, wie sie denn auch sonsten ad annum gratiæ ministrorum ecclesiæ nicht zugelassen werden;

FINCKELTHAVS *de iur. Patron. c. 6. n. 3.*
CARPZOV. *Jurisp. Eccles. lib. I. def. 217.*

Dieses Recht aber, das denen Collateralibus ex statuto versaget worden, denenselben per expressum pactum, et quidem geminatum hinwieder beygeleget, dergleichen pactum denen Rechten nach beständig ist, cum quisque sibi non tantum, sed et heredibus suis per pactum prospicere possit,

L. Veteris 13. C. de contrah. stip. per Tit. C. ut action. ab hered. incip.

et quicquid statuto constitui potest, idem etiam potest induci per pactum.

BARBOS. *Argument. legal. n. 1 et seqq.*

Und solcher gestalt, da das erfolgte pactum der Wittwe und Erben zugleich das Gnaden-Jahr zueignet, des defuncti Herr Bruder so wenig die Wittwe, als diese jenen excludiren kan. Particula enim copulatiua et aequalem et aeque principalem concursum omnium copulatorum inducit.

arg. l. Ea tamen 46. D. de legat. 3.

L. reos 11. D. de duob. reis.

L. Paulus 43 D. de re iudic.

VVLTEIVS *Consil. Marpurg. Vol. 2. Cons. 12. n. 9.*

Deshalben auch sonsten bey denen Predigern die Wittwe mit denen Kindern zum Gnaden-Jahre zugleich gelassen werden.

CARPZ. *Iurispr. For. P. 2. Const. 2. d. 12.*

FINKELTHAVS *de iur. Patron. c. 6. n. 69. et seqq.*

Und mag nicht hindern, daß bey Lebzeiten der Wittwe, das Gnaden-Jahr den Anfang würcklich nicht genommen, sondern der annus deseruitus noch darzwischen gewesen, inmassen es genug, daß die Wittwe des mariti Tod erlebet, und also das ius ad annum gratiae tam ex statuto, quam ex pacto auf Sie verfallen sey, welches ius sie sonder Zweiffel auf ihre Erben transferiren können.

CARPZ. *Iurispr. eccles. lib. I. def. 216.*

Und kan hier nicht behauptet werden, quod dies anni gratiae non cesserit, weil solche cession in momento mortis des Herrn Dom-Dechants geschehen, obgleich die praestatio ipsa erstlich nach Ablauff des Sterbe-Jahrs ihren Anfang nimmt, nam et in legatis in diem certum relictis dies cedit a tempore mortis testatoris

L. vn. §. 1. C. de caduc. toll.

L. 21. C. quando dies legat. cedat.

et debitum in diem promissum mox cedit, licet peti, antequam dies venerit, non possit.

L. Cedere diem 213. D. de V. S.

Wie denn auch nicht gleich ein debitum annuum ist, wo der Jahre gedacht wird, weil solche pro determinando illo, quod soluendum est, öffters hinzugesetzet werden;

L. 3. pr. D de ann. et menstr. legat.

Wie denn ferner was de annuis legatis disponiret, auf die promissiones annuas ex pacto et contractu dependentes nicht zu ziehen ist:

per *L. 16. §. 1. D. de verb. obligat.*

So erscheinet aus diesen allen so viel, daß des seel. Herrn Dom-Dechants Frau Wittwen Erben und dessen Herr Bruder die reditus anni gratiæ unter sich pro dimidia zu theilen schuldig seyn. V. R. W.

§. XXI. In alia omnino eundum esse censuit inclyta Facultas iurid. Ienensis, vti ex LYNCKERI *respons.* 42. liquet. Existimarunt enim viduæ heredibus deberi annum gratiæ ex statuti capitularis tenore; reditus autem illorum annorum, qui speciali pacto determinati erant, *deseruitis annis* accensendos, et sic heredibus Decani præstandos. Rationes ICtorum Ienensium in compendium reducam, quæ sunt hæ: (1) quod vltra *annum ordinarium deseruitum* adhuc reditus duorum annorum heredibus speciali pacto assignati fuerint, qui eiusdem deberent esse cum *ordinario deseruito anno* naturæ: (2) quod simpliciter in pacto dictum fuerit: und ausser dem noch zwey Jahr, nec vlla mentio *annorum gratiæ* facta fuerit: (3) quod duorum annorum reditus heredibus ideo assignati fuerint, quia defunctus Decanus ingentes sumtus in acquisitionem præben-

Inclyta facultatis iuridicæ Ienensis sententia refertur.

 dæ

due ex bonis propriis facere debuit) in quorum compensationem pactum de reditibus extraordinariis duorum annorum heredibus soluendis conceptum sit: (4) quod viduae tantum vnus gratiae debeatur, et ad hunc casum vnice referenda sint verba recessus de anno 1679. quibus *indefinite* defunctus Decanus viduae et heredibus ius quaesitum conseruare, non vero viduae nouum ius attribuere voluisse videtur, etc.

Vnde iudicari queat, vtrum anni heredibus assignati sint gratiae, an deseruiti.

§. XXII. Si integrum foret tantas componere lites, existimarem, primario respiciendum esse ad *caussam adaequatam* eiusmodi statuti vel pacti, quo nonnullorum annorum reditus post mortem reseruantur. Si *in solatium viduae et liberorum* reditus hi reseruantur, sine dubio ad *annum gratiae* referri debent: si alia de caussa reseruati sunt, possunt *deseruito* accenseri. Huc refero, si Canonici duobus primis annis reditibus praebendae suae carere ex statuto capituli debuerunt, quos vt plurimum vocant die Carentz Jahre, in quorum compensationem duo rursus anni post mortem reseruantur, qui ideo *deseruiti* censendi sunt, quod intuitu duorum primorum annorum, quibus nullos percipit fructus, quamuis officio sacro functus sit, soluantur, et sic magis solutio eorum differatur, quam ex *singulari gratia* concedatur. Noui quidem, a plurimis indistincte die Nach-Jahre vocari *annos gratiae*, si vel maxime propter *annos carentiae*, vti loquuntur, soluantur; sed a dici ad esse non valet consequentia, nec erroneus loquendi vsus naturam rerum veram immutare potest. Interim, vbi ex hoc *errore* in statutis capitulorum reditus quorundam annorum post mortem canonici *annis gratiae* expresse annumerati, et ad viduam liberosque restricti sunt, standum omnino statuto est. Si vero verba statuti vel pacti ratione der Nach-Jahre dubia sunt, constatque, eos esse reseruatos in compensationem an-

norum

norum carentiæ, in dubio potius hi anni pro *deseruitis* habendi sunt.] Sed si in compensationem ingentium sumtuum, quos in acquisitionem præbendæ capitularis facere debuit, reditus vnius vel duorum annorum post mortem reseruantur, vix est, vt deseruitis accenseri queant. Neque enim *deseruitum* dicitur, nisi, quod in seruitii præstiti compensationem præbetur, quorum causa adducta minime spectat, nisi generatim hac denominatione quæcunque emolumenta, quæ titulo oneroso præstanda complecti velis, quo casu tamen a proprietate huius vocis magnopere receditur. Breuiter: posteriori casu anni reseruati magis *gratiæ*, quam *deseruiti* dici queunt.

§. XXIII. Atque hæc quidem obtinere in capitulis censeo, si *morte* beneficium vacare incipit. De *resignantibus canonicis* nouas formant lites, sed meo quidem iudicio sine vlla necessitate, cum ratio diuersitatis solida adferri non possit. Qui resignat beneficium in fauorem tertii, renunciat emolumentis potissimum futuri temporis, reditibus autem, in quos ipsi pro rata temporis iam ius quæsitum est, renunciasse non videtur, præsertim cum omnis renunciatio stricti iuris sit, nec ad ea, quæ resignanti titulo *deseruiti* iam debentur, extendi queat. Præterea resignatarius ex noua *collatione* et noua *institutione* beneficium accipit, et ita commoda præbendæ nouiter collatæ, acquirere nequit, antequam residentiam auspicatus est. Si ergo residentiam resignans impleuit, reditus illius anni deseruiti esse censentur: si non impleuit, pro rata temporis illos tantum petere potest, statuto vel pacto deficiente. Ita meo iudicio recte censent COVARRVVIAS *lib. I. var. resol. c. 15. n. 12.* IARISIVS *de confident. qu. 35. n. 49.* GVTIEREZ *l. II. qu. canon. 3.* GARCIAS *cit. l.* Equidem FRANCISCVS GALLVS *de fructibus disp. 37. art. 2. n. 9. seqq.* rursus distinguit inter *fructus naturales* et

An diuersum ius obtineat in resignatione beneficii?

an hic distinctio fructuum seruanda?

ciuiles, putatque, illos, quatenus adhuc pendentes sunt, pertinere ad resignatarium, quod resignans sibi per pactum prouidere potuerit, adeoque dum sibi eosdem non reseruauit, eisdem renunciasse censeatur: in his vero, h. e. in pensionibus, diuisionem admittit, quia singulis diebus percipiuntur, id quod tamen rursus restringendum est ad illas res locatas, quæ singulis diebus emolumentum præstant, veluti si ædes sunt locatæ. Verum, quia GALLVS in errore illo hæret, quod beneficiarius instar *fructuarii* sit, neutiquam eius sententiæ accedendum esse arbitror. Nec ei præiudicare debet, quod fructus potuisset sibi reseruare, cum ante omnia inquirendum sit, an eosdem sibi reseruare debuerit? quod vel ideo haud necesse fuisse videtur, quia tantum *futuro iuri* censetur renunciasse, nec renunciatio ad incogitata trahenda est, quod ipse GALLVS *cit. l. n. 15.* admittit.

An dies critici a capitulis constituti quoque attendi debeant in casu resignationis?

§. XXIV. Cum vero, prout antea dictum, in quibusdam capitulis circa annum deseruitum in casu mortis dispositio diuersa, quæ a communi iure deuiat, reperiatur, iusta dubitandi ratio nascitur, an etiam eadem ad casum resignationis trahi possit? Nam qui moritur post vigilias Iacobi in ecclesiis cathedralibus et collegiatis quibusdam, annum deseruitum, h. e. reditus anni instantis ad hæredes transmittit, num ergo qui mox post vigilias Iacobi resignat, totius anni sequentis fructus adhuc percipit iure *deseruiti*? Id equidem non dixerim, quia hoc in casu alia est ratio viuentis, alia ratio *decedentis*. Ille, vt reditus *deseruiisse* dici queat, residere et residentiæ annexum officium præstare debet, quod tamen post resignationem cessat, quia beneficium non simpliciter, sed ob officium datur. Huius specialis est ratio, cui statutum speciatim prouidere voluit, adeoque, cum a iure communi in casu *mortis* exorbitet, neutiquam ad

con-

consequentias trahi debet. Equidem antea monui, in casu *mortis et resignationis* eandem esse rationem, videlicet, quatenus in casu mortis Iuri communi, quod pro rata tantum heredibus assignat reditus, insistitur: ast si statuta a regula in hoc casu recedunt, si speciale ius heredibus indulgent, hoc minime extendendum est, iuxta *l. 14. de D. LL.* sed potius *in dubio* regulae insistendum. Dico in dubio: facile enim largior in casu *resignationis* idem recipi potuisse, quod in casu *mortis* est receptum, de quo si constat, res expedita est.

§. XXV. In *ecclesiis parochialibus* vt plurimum res satis determinata est per ordinationes ecclesiasticas, quae vel cum doctrina nostra prorsus conspirant, vel parum ab ea recedunt, prout paucis declarandum. Sic in der Kirchen-Ordnung der Wild- und Rhein-Graffschafften, *de anno 1693. c. 7. p. 60.* ita cautum est: Und soll, wann schon ihre Männer ein Viertel-Jahr nicht gantz vollkommen ausgelebet hätten, sondern noch modicum temporis, etwa eine, zwey oder drey Wochen daran fehleten, ihnen dennoch das Viertel-Jahrs-Salarium, quasi deseruitum, völlig geliefert werden. Wäre aber ein Pfarrer oder Diaconus vier oder mehr Wochen vor Endigung des Viertel-Jahrs gestorben, soll von der Zeit an, da er diese Welt gesegnet, das salarium deseruitum aufhören, es wäre dann, daß es der Successor mit guten Willen weiter extendiren lassen wollte. Similiter in *Ordin. Consist. March. tit. 23.* iuris communis sanctio confirmata est: Darnach soll ein jeder Pfarrer das Einkommen und Früchte der Pfarren zu jeder Zeit pro rata temporis haben und behalten. Sicuti vero hoc de pastore, qui officium suum auspicatur, intelligendum, ita simili ratione de *pastore resignante* vel *decedente* idem legislatori placuit: Würde ein Pfarrer, der auf Michaelis angezogen, noch vor Martini sterben, oder abziehen, so soll sein Weib und Erben alle Einkommen der accidentien,

In ecclesiis parochialibus reditus dividuntur pro rata. Quod ex ordinat. eccles. declaratur.

Speciatim Marchica.

dentien, so die Zeit über vor Michaelis bis auf Martini gefallen, bekommen, und das Pfarr-Recht vollend bis auf Martini bestellen, soll auch den Antheil der Winter- und Sommer-Saat, auch der Pächte samt den Korn, Flachs und andern Zehend von sechs Wochen gegen den Sommer haben. Also ists auch fernet zu halten, wenn ein Pfarrer auf Michaelis anzeucht, und resigniret oder stirbt auf Weynachten oder Bartholomäi, der soll haben alle Nutzungen, die in solchen Zeiten gefallen, auch sein Antheil der Winter- und Sommer-Saat, desgleichen der Pächte, auch Korn, Flachs und andern Zehend pro rata temporis. Et paucis interiectis: Hätten die vorigen Pfarrer Korn, Lein und anders in den Gärten vor ihren Abziehen oder Absterben gesäet, so folgt denen Erben die Gebühr pro rata temporis nicht unbillig.

In Saxonia initium anni computatur a festo Michaelis.

§. XXVI. In *Saxonia electorali* diuersum ius non obtinet, sed eundem modum faciendae diuisionis fructuum *pro rata temporis* in supremo consistorio receptum esse, testatur CARPZOVIVS *lib. I. Iurispr. consist. def. 172.* his verbis: Auf den Dörffern und auch in den Städten, da die Pfarrer und Decani ihre Besoldung nicht am Gelde oder Quartals-Weise bekommen, sondern decem, Acker-Bau und Haußhaltung haben, wird es alsogehalten, daß des ganzen Jahres Einkommen und Verdienst zu rechnen von Michaelis bis wieder auf Michaelis, und was von decem am Getreydig oder auch Geld-Zinsen zum Einkommen gehören, werden gerechnet, daß sie Michaelis verdienet, ob sie schon erst um Martini, Weynachten oder Fastnachten gefällig. In eo tantum recedit ius Saxonicum a *iure communi*, quod anni initium computandum sit a festo Michaelis, non a die suscepti officii ecclesiastici, prout alias de iure communi fieri solet. Eadem computandi ratio recepta et approbata est in *ordin. eccles. Magdeburg c. 20. §. 15. seqq.* his verbis: Und soll die Computation jedesmahl von Mi-

Similiter in ducatu Magdeburgico.

chae-

chaelis bis Michaelis angeleget werden, dergestalt, daß alle Ein- und Aufkünffte von solcher Zeit bis dahin in eine massam geschlagen, und die Partheyen darnach entschieden werden." Hoc declaratur in §. 16. et seqq. hoc modo: Da nun ein Pfarrer um Michaelis mit Tode abgehet, so geniessen dessen Wittwe und Kinder alles dasienige, was der Vater bey seinen Leben verdienet, aufs ganze Jahr. Ingleichen wann ein Pfarrer, sechs Wochen nach Michaelis, Weyhnachten, Ostern oder Iohannis verstirbet, soll dessen Wittwe und Erben das halbe Jahr die Besoldung geniessen. Wann aber der Fall im Ausgang des Quartals geschieht, alsdenn haben des Verstorbenen Wittwe und Erben desselben Quartals mit dem halben Gnaden-Jahr zu geniessen. De *salario pecuniario* in §. 18. ita cautum est: An welchen Orten aber der Pfarrer keine decem noch Haußhaltung oder Acker-Bau hat, sondern die Besoldung an Gelde von Quartalen entrichtet wird, sollen des verstorbenen Pfarrers oder Diaconi Wittwe und Erben der Besoldung des Quartals, darinnen der Fall geschieht, weiter nicht, denn pro rata temporis haben, es wäre denn, daß die meiste Zeit des Jahrs bis auf einen Monath zur Zeit des Absterbens abgelauffen, auf solchen Fall verbleibet des Verstorbenen Erben das Salarium nebst denen accidentien völlig.

§. XXVII. In Ducatu Guelpherbytano, et quidem vigore *renou. ordin. eccles. Guelpherbyt. P. I. c. 17.* distinctissime, quae circa *annum deseruitum* occurrere possunt, dubia determinata decisaque sunt. Nam (1.) de salario pecuniario *in §. 1.* ita cautum est: Wann das salarium des Predigers zum Theil oder ganz in baaren Gelde bestehet, so soll das Quartal, worinn der Prediger stirbt, pro deseruito geachtet werden. Idem quoque in Academia Rostochiensi et Viadrina obseruari, testis est STRYKIVS *de anno gratiae c. 2. n. 26.* Immo in hac Alma Fridericiana idem obseruari, experientia docet. (2)

Et Ducato Guelpherbytano.

(1) quoad salarium pecuniarium

(2) quoad accidentalia.

 Ratio-

Ratione *accidentalium*, vt loquuntur, in §. 2. terminus mortis constitutus est. Bey Einnahme der accidentien aber, so die Prediger insgemein zu geniessen haben, soll der terminus des halben Jahres so fort a die mortis computiret werden. (3.) Si reditus parochiales in *fructibus naturalibus* consistunt, hæc in §. 3. placuerunt: Wann aber des Predigers salarium in Acker-Bau oder Wiesen-Wachs beruhet, so seynd die reditus des ganzen Jahres von Michaelis bis wieder zu Michaelis in einen ohngefährlichen Anschlag zu bringen, davon zuforderst die impensæ in agrorum cultum et messem factæ abzuziehen, und denjenigen, so solche ausgeleget, zu restituiren, das residuum aber dergestalt zu theilen, daß, wenn der Todes-Fall e. g. im September geschiehet, der eine Halbscheid des folgenden Jahres-redituum der Wittwen und Kindern, der andere Halbscheid aber dem Successori zukomme. Stürbe aber der Prediger im October, so erlangen Wittwe und Kinder sieben Zwölff-Theile von solchem residuo (computato scilicet anno gratiæ) und bleiben dem Successori nur fünff Zwölff-Theile. Begäbe sich der Fall im November, so kommen jenem acht Zwölff-Theile, diesem dem Successori aber nur viere zu, und ist, wenn in folgenden Monathen sich der Todes-Fall begiebet, die computation nach solchen Fuß leicht zu machen, wenn nur allezeit pro regula gesetzet wird, daß der Sterbe-Monath pro deseruito zu achten, und der Wittwe und Kindern zum besten zu rechnen. Sollte aber etwa in April oder Majo ein Prediger versterben, so geniesset die Wittwe und Kinder nicht allein die völligen reditus desselbigen von Michaelis bis wieder Michaelis gerechneten Jahres (computato anno gratiæ) sondern sie hat auch von folgenden Jahres Acker-Nutzungen nach proportion ein, zwey oder mehr Zwölff-Theile zu erwarten, nach dem der Todes-Fall sich früher oder später begiebet.

(3) *quoad fructus naturales.*

§. XXVIII.

§. XXVIII. Locum hunc integrum vel ideo hic dare volui, quia in nulla ordinatione ecclesiastica tam distincte et perspicue ipsa ratio computandi est determinata. Simul vero egregie explicat illustratque doctrinam, tum quam ex *principiis rectae rationis cap. I.* adstruxi, quam admodum exacte refert: tum quam ex *iuris Romani scitis* deduxi, et contra dissentientes propugnaui, quae itidem in verbis adductis est conseruata. Videor enim mihi videre in hoc textu illam ipsam doctrinam, quam ICtus expressit *in l. 7. D. soluto matrimon.* vnde etiam *cap. II.* argumentum deduxi, et seniores ICti deducunt. Et vt in compendio loquar, vbi statuta modum computandi annum *a festo Michaelis* auspicantur, non possunt tutius superare ingruentes difficultates, quam adhibita methodo in ordinatione Guelpherbytana praescripta.

Ordinationis Guelpherbytana constitutio laudatur.

§. XXIX. Generatim his praemissis ad specialia descendam. Scilicet fluit ex dictis (1) non ad *iura seminis*, nec ad *tempus messis* hic respiciendum esse, quo percipiuntur fructus. Alias quidem leges disponunt, *fructus non iure seminis sed iure soli percipi, et in percipiendis fructibus magis corporis ius, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, aspiciendum esse*, vti ICtus ait *in l. 25. pr. et §. 1. D. de vsur.* quam doctrinam per varias conclusiones egregie illustrat Dn. COCCEIVS *de iure seminis Sect. III. §. 7. sqq.* Ast hanc doctrinam ad casum praesentem, vbi fructus *ob caussam* et *propter officium* percipiuntur, prorsus applicari non posse, per se ex hactenus dictis satis liquet. Vt vero res speciali declaretur exemplo, adiiciam responsum illustr. Facult. Iurid. Hall. *mens. April. 1707.* conceptum, quod huius tenoris est: Ist Euer Mann, ein gewesener Prediger, 8. Tage nach Heil. drey Könige 1704. verstorben, und erst um Johannis desselben Jahrs der folgende Prediger wieder ins Amt

In deseruito anno non respiciendum ad diem perceptionis fructuum.

Quod responso demonstratur.

kommen, zwischen welchen und euch einige differentien und Mißverständniß, wegen bestellen der bestellter meliorirten Aecker auch der Erndte entstanden, und also erstlich, gefraget wird: Ob nicht diejenigen Aecker, so bey des Mannes Leb-Zeiten brach gelegen, und also das Jahr Winter-Feld geworden, und da auch einige davon der Wittwen seel. Ehe-Herr vorgehenden Herbst mit Weitzen und Rocken bestellet gehabt, also von dessen Wittwe alleine müsse geerndtet werden.

Rationes dubitandi. Wenn nun gleich möchte eingewandt werden, daß die Prediger in den Pfarr-Aeckern nicht anders, als blosse *vsufructuarii* zu consideriren,

SCHILT. *instit. Iur. Can. lib. 2. c. 8. §. 4.*
CARPZ. *Iurispr. consist. lib. 2. def. 353. n. 1.*

Solches auch denen *antiquis canonibus conciliorum* gantz gemäß scheinet;

c. Episcopus 2. C. 10. qu. 2.
c. 23. et vlt. C. 12. qu. 1.
DVAREN. *de SS. eccles. minist. lib. 2. c. 4.*

Wie denn auch der seelige Lutherus dieses bezeuget und erinnert, daß kein Pfarr-Herr etwas eigenes an der Pfarr habe, sondern nur in den Pfarr-Güthern Gäste wären, und solche hinter sich lassen müssen;

LVTHERVS *tom. 6. Witteb. fol. 332.*

Einfolglich denen Rechten nach des *Vsufructuarii* Erben, so fern der *Vsufructuarius* vor der Erndte stirbt, die künftigen Früchte zu fordern, nicht berechtiget seyn könne.

l. 13. et 58. quib. mod. vsusfr. amitt.

Rationes decidendi. Dennoch aber und dieweil kein beständiges und allgemeines *argumentum ab vsufructuario ad pastorem ecclesiæ ratione bonorum et agrorum parochialium* zu ziehen, ob wohl in einigen Stücken eine Gleichheit anzutreffen seyn möchte,

CARPZ.

CARPZ. cit. l. n. 6.

Vornemlich aber darinn ein mercklicher Unterschied sich befindet, daß die Pfarr-Güther dem Prediger an statt des ordentlichen salarii und alimentorum assigniret werden, welcher Endzweck in dem vsufructu præcise nicht anzutreffen, einfolglich gleichwie die salaria ministrorum pro rata temporis, quæ præfuerunt officio sacro, zwischen dem Erben des verstorbenen Pfarr-Herrn und dem Successore müssen getheilet werden, also auch ein solches billig in fructibus messium, qui surrogati sunt in locum salarii, gehalten werden muß, fructus enim ratione salarii ministris debiti sunt, in quibus cum ratio habeatur operarum præstitarum, oportet vtique diuisionem ita institui, vt pro rata temporis inter nouum pastorem et antecessorem eiusque heredes fructus messium, fœnum, olera, aliique tam naturales, quam industriales distribuantur.

CARPZ. lib. I. Iurispr. eccl. d. 178. n. 6. seqq.

Einfolglich allhier nicht præcise auf die Zeit der Erndte gesehen werden mag, weil sonsten, da die meisten reuenuen eines Predigers, öffters in Acker-Bau bestehen, es sich leicht zutragen könte, daß, ob er gleich sein Amt treulich verrichtet, doch seine Erben dieserwegen nichts mehr geniessen würden, wenn er etwa noch vor der Erndte sterben solte, auch sonsten die allgemeinen Rechte extra casum vsusfructus in andern Fällen diese computation approbiren, vt scilicet ratio fructuum habeatur inter vxorem et heredes mariti pro rata temporis, licet nondum percepti fuerint, cum fructus hi percipiantur pro hactenus sustentatis matrimonii oneribus.

l. 5. 6. 7. D. solut. matrim.

Gleichwie in diesem casu ein Pfarrherr die Früchte propter labores et operam præstitam geniesset, und da nun der verstorbene Pfarrherr um Michaelis ins Predigt-Amt gekommen, hergegen 8. Tage nach Heil. Drey Könige verstorben, so ist das erste Viertel Jahr bis

Weynachten ohnstreitig derseruiret, und weil der verstorbene Pfarrherr auch das andere Viertel-Jahr angefangen, und solches denen Rechten und Gewohnheiten nach pro impleto gehalten wird;

BRUNNEM. *de iure eccles. l. 2 c. 5. §. 10.*
STRYK. *diss. de anno gratiæ c. 2. n. 25. seqq.*

So folget von selbsten daraus, daß die übrige Zeit von Ostern bis Michael zum Gnaden-Jahr zu rechnen, und also ihr nothwendig das gantze Winter-Korn allein zu gute kommen muß, quia beneficio anni gratiæ medietatem omnium fructuum extra promeritum salarium vidua consequitur.

CARPZ. *lib. I. Iurispr. Consist. def. 185.*

So erscheinet daraus so viel, daß der Wittwen das gantze Winter-Korn alleine den Rechten nach gebühre.

Quæstio secunda. Bey der andern Frage: Was dem neuen Prediger, welcher erst auf Johannis 1704. sein Amt angetretten, an Früchten und Sommer-Feld, und was von solchen der Wittwen zu erndten zustehe?

Rationes dubitandi. Erkennen wir vor Recht, obwohl eingewandt werden möchte, daß bey währenden Gnaden-Jahr solches Sommerfeld nur ein Viertel-Jahr bestellet gewesen, einfolglich pro rata temporis ihr nur quarta gebühren müsse:

Rationes decidendi. Dieweil aber dennoch, wie in voriger Frage ausgeführet worden, in diesen Fällen man nicht allein auf den annum gratiæ, sondern auch ratam anni deseruiti vornehmlich sehen muß, und ob das Feld gleich nach des verstorbenen Predigers Tode erst bestellet worden, dennoch derselbe bereits ein Viertel-Jahr von dem letzten Jahr und etwas darüber erlebet, und seine Arbeit verrichtet, einfolglich ratio salarii, in cuius locum hi reditus substituti sunt, es mit sich bringet, daß nach proportion der Arbeit er oder seine Erben auch von den künfftigen Früchten participiren mögen, dahero auch in sol-

chen

chen Fällen in Sachsen der Wittwen nebst dem anno gratiæ von dem anno deseruito pro rata temporis so viel assigniret wird, als der Pfarrherr in dem Jahre noch gelebet;

CARPZ. *libr. I. Iurispr. consist. def. 24.*

Welches, da in den Brandenburgischen auch nur ein halb Gnaden-Jahr statt findet, allhier gar wohl zu appliciren:

So ist die Wittwe auch die Erndte der Sommer-Früchte zu thun befugt.

§. XXX. Fluit quoque (2) ex hactenus dictis, lucra quæcunque obuenientia in diuisionem esse deducenda, cuiuscunque demum sint naturæ et rationis, exceptis solis *accidentalibus*, vtpote quæ pro singulis quasi seruitiis sacris præstantur, et ei statim priuatiue acquiruntur, qui illa præstitit, quorsum pertinent nummi baptismales, missatici, confessionarii, qui pro precibus publicis soluuntur etc. Ceterum lucra autem, quæ non *intuitu specialis officii sacri*, sed *indefinite*, pro *officio ecclesiastico* quotannis percipiuntur, obiectum demum sunt diuisionis, de quibus nobis sermo est. *Accidentalia in diuisionem non veniunt.*

§. XXXI. Sunt autem hæc lucra vel *ordinaria* vel *extraordinaria*. *Illa* quotannis percipiuntur statis quamuis temporibus; *hæc* vero rarius obueniunt, sunt tamen, vbi obueniunt, simul inter reditus parochiales referenda, maxime cum etiam vsufructuario debeantur. HARPRECHT. *vol. nouo. Consil. 35. n. 7.* Huc refero (1) *ius patronatus* officio ecclesiastico cohærens, vi cuius pastor ecclesiæ ius præsentandi exercet, et in quibusdam locis etiam *laudemium* percipit *c. 7. X. de iure Patron.* HARPRECHT. *cit. l. n. 73.* (2) *ius dominii directi* in emphyteusi, vi cuius emphyteutam fundo certis in casibus priuare, et sic quoque reditus illius percipere potest, *Bene tamen quaeuis lucra alia. Enumerantur extraordinaria.*

poteſt, quamdiu fungitur officio ſacro. IDEM *cit. l. n. 74.* (3) *ius mortuarium*, das Haupt-Recht oder Haupt-Fall, quod commoda ex hereditate hominum propriorum concernit. IDEM *n. 75.* (4) *Mulctæ* et *pœnarum compendia*, quæ extra ordinem quandoque reditibus parochialibus aſſignata ſunt. (5) *Laudemia* quæ pro inueſtituris in bonis emphyteuticis ſoluuntur. IDEM *cit. l. n. 129. ſeqq.* FRANZ. *de Laudem. c. 7. n. 76. ſeqq.* (6) quædam *decimæ*, quæ non quotannis, ſed poſt diuturna ſæpe interualla percipiuntur, quorſum pertinet der Fohlen- und Viehe-Zehende &c.

Quæ etiam in diuiſionem veniunt,

§. XXXII. Quod ſi itaque huiusmodi *lucra extraordinaria* in annum vltimum incidunt, et quidem, viuente adhuc paſtore, dubitari ſolet, vtrum deficientibus ordinationibus eccleſiaſticis, in diuiſionem *deſeruiti* venire debeant, an vero lucro defuncti paſtoris cedant, et ad *deſeruitum* ſimpliciter referri debeant? Iuxta ſententiam FINCKELTHAVSII *de iure patron. c. VI. n. 118.* qui ſpeciatim de *laudemio* loquitur, hæc lucra in diuiſionem non eſſent deducenda, quod accidentiis, vt putat, *ſint annumeranda*, id quod etiam præiudicio conſiſtorii electoralis Lipſienſis illuſtrat. Quod vero de *laudemiis* aſſerit, ſine dubio quoque de aliis lucris *extraordinariis*, ante relatis, intelligendum erit. Non immerito tamen de hac ſententia dubitat CARPZOVIVS *lib. I. Iurispr. conſiſt. def. 192. n. 10. ſeqq.* præſertim cum ratio adducta omnino erronea videtur. Minime enim concedi poteſt, hæc lucra cum *accidentalibus* reliquis conferri poſſe, cum potius naturam ceterorum lucrorum *ordinariorum* imitentur, et non pro *certo definito officio ſacro*, vt accidentalia, ſed *in genere*, ſicuti reliqua emolumenta, pro onere paſtorali ſoluantur. Quod *accidentalia* priuatiue acquiſita eſſe cenſeantur, nec in diuiſionem veniant, vel hanc rationem habet, quod ſint *compenſatio certi officii præſtiti*, pro quo ſim-

et ab accidentalibus diſtinguenda ſunt.

ſimpliciter ſoluuntur, adeoque illud duntaxat, *an præſtita ſint?* reſpiciatur, quod ad hæc *lucra extraordinaria* referri nequit, adeoque merito in diuiſionem fructuum vltimi anni deduci debent.

§. XXXIII. Cum itaque lites hac de quæſtione olim ſæpe concitatæ fuerint, in quibusdam ordinationibus eccleſiaſticis peculiaris deciſio *de laudemio* reperitur, cui merito ſimpliciter ſtandum erit. *In ordinat. Magdeb. eccleſ. c. XX. §. 18.* huic rei ita prouiſum eſt: Die Lehn-Wahren, wenn der Fall bey des Pfarrers als Lehn-Herrn Leben ſich ereignet, überkommen deſſen Wittwe und Erben, entſtünde er aber nach des Pfarr-Herrns Tode, bey währenden halben Gnaden-Jahre, ſollen des verſtorbenen Pfarrers Wittwe und Erben die Lehn-Wahre, welche ſodenn gedoppelt abgeſtattet werden muß, unter ſich und den neuen Pfarrherrn gleich theilen. In *Ordinat. Gothan. eccleſ. P. II. c. 19. n. 10.* laudemia a ceteris reditibus diuidendis haud ſeparantur, ſed expreſſe dicitur: Darunter auch die Lehn-Wahre begriffen. E contrario de *decimis pecuum* aliud placuit in *ordin. conſiſt. Marchica tit. 23.* Welcher Pfarrherr auf die Zeit, da der Fleiſch-Zehend gegeben wird, Pfarrherr iſt, derſelbige ſoll denſelbigen allein haben und behalten.

Conſenſus ordinationum eccleſiaſticarum adducitur.

§. XXXIV. Dantur etiam (3) lucra quædam, *certis anni temporibus* ſoluenda, in panibus, penſionibus, aliisque ſimilibus reditibus conſiſtentia. Peculiari deficiente ordinatione, cum reliquis reditibus conſeruanda et diuidenda ſunt, ſiue dies eorum venerit tempore mortis defuncti paſtoris, nec ne? Vbi vero anni initium *a feſto Michaelis* deſumitur, paulo aliter computari ſolent. In *ordin. Guelpherb. eccleſ. cit. l. §. 5.* ea de re hæc habentur: Dabey jedoch zu obſeruiren, daß, wenn gleich Zehend-Korn, Meyer-Zinſen, und andere dergleichen intraden

Quomodo lucra certis anni temporibus debita diuidantur.

erst nach Michaelis fällig werden, selbige dennoch, da sie wegen der vorhergehenden Erndte abgetragen werden, in die Aufkünfte des bis Michaelis gerechneten Jahres zu computiren. Pastore itaque circa festum Michaelis decedente, etiam hi reditus ad *deseruitum* spectant, nec diuisioni subiiciuntur, licet dies eorum demum post mortem defuncti pastoris veniat. Similiter in Saxonia electorali, teste CARPZOVIO *lib. I. Iurispr. Consist. def. 197.* huic rei ita prouisum est: Wann von decem an Getreydig oder auch Geld-Zinsen zum Einkommen gehöret, werden gerechnet, daß sie Michaelis verdienet, ob sie schon erst um Martini, Weynachten oder Fastnacht gefällig, non propterea, prout CARPZOV. *cit. l. fin.* arbitratur, quod fructus et census de proximo colligendi pro iam collectis haberi debeant; sed quod intuitu *messis*, cuius dies, viuente pastore, cessit, soluantur, et sic merito *deseruito* accenseri debeant.

Impensae a fructibus deducenda.

§. XXXV. Vlterius (4) inde colligitur, impensas, antequam portiones fructuum fiunt, deducendas esse, vt in simili casu dicitur in *l. 17. D. pr. solut. matrim.* cum fructus haud intelligantur, nisi deductis impensis. Ita diserte in *ordin. eccles. Guelpherbytana P. 1. c. 17. §. 3.* Davon zuvorderst die impensae in agrorum cultum et messem factae abzuziehen, und demjenigen, so solche ausgeleget, zu restituiren. Idem in Saxonia iuris esse testatur CARPZOV. *lib. I. Iurispr. Consist. def. 176.* id quod etiam recta ratio suadet. In *ordin. consist. Marchic. tit. 23.* de impensis in *culturam agrorum* faciendis, ex quorum messe heredes defuncti portionem sperant, ita prouisum est: Dagegen soll auch der abziehende Pfarrherr, oder seine Erben die zukünfftige Winter-Saat auch pro rata temporis, nachdem sie von denen Früchten nehmen, geben, bestellen und säen helffen, als da ein oder zwey Viertel-Jahres weniger oder mehr die Früchte nimmt, so giebt und bestellet

let er auch den vierten Theil oder die Helffte, weniger oder mehr die Saat, so fort an nach Anzahl der Früchte, so er bekommet. Gleichergestalt soll es auch mit der Sommersaat und Bestellung der Aecker dazu gehalten werden. Ita quoque censuit ill. Facultas iurid. huius loci *mens. April. 1707.* ad quaestionem: Ob nicht der neue Prediger, die in den Aeckern bey seinem Anzuge befindlich gewesene, und nach Landes-Art was billig und recht, dieserwegen angesetzte *meliorationes cum vsuris* der Wittwen bezahlen müsse?

Ob wohl die Wittwe ratione anni deseruiti et gratiae von denen reditibus percipiendis vieles percipiret, und dahero es das Ansehen gewinnen möchte, als ob sie über dem nichts mehr praetendiren könne:

Dieweil aber dennoch die impensae und meliorationes ex nova plane causa debendi herrühren, und auch sonsten ein Prediger die impensas fructuum pro rata mit tragen muß:

CARPZ. *lib. I. Iurispr. Consist. def. 176.*

Diejenige meliorationes aber, so in perpetuam rei vtilitatem gemacht worden, dem künftigen Successori allerdings zu gute kommen, auch über dem der jetzigen Wittwe verstorbener Ehemann bey seinem Anzuge solche erstatten müssen, solche auch bereits liquidiret, und doch bisher nicht abgetragen worden, einfolglich der Successor in mora soluendi gewesen, quo casu etiam debentur vsurae, so ist der neue Prediger solche cum vsuris a tempore morae der Wittwen zu bezahlen schuldig.

§. XXXVI. Denique (s) hoc etiam ex hactenus dictis fluit, heredes quoscunque ad anni deseruiti reditus esse admittendos, cum ad patrimonium defuncti spectent, et hereditati insint. Proinde etiam (a) aes alienum inde deducendum, STYPMANN *de salar. cleric. c. 11. n. 34. seqq.* RAVCHBAR. *P. I.* qu.

Annus deseruitus ad hereditatem defuncti spectat.

qu. 25. n. 22. et concursu super defuncti bonis moto, ad massam referri debent CARPZ. *lib. I. Iurispr. Consist. def. 180.* (*b*) Inuentarium quoque ecclesiasticum inde supplendum est, cum defectus inuentarii ad *aes alienum* spectet, CARPZOV. *cit. l. def. 181.* (*c*) vidua in iis locis, vbi marito non succedit, de hoc deseruito quoque haud participat. Si autem vigore pactorum dotalium, vel ex statuto ius succedendi habet, etiam ad hos reditus promeritos est admittenda etc.

CAPVT IV.
DE ANNO DESERVITO FEVDALI.

ARGVMENTVM.

I. Indoles feudorum primaeua. Intuitu militarium vel aulicorum officiorum data sunt. II. III. Beneficia dicta. Horum ratio. IV. Ius Domini in fructibus post vasalli mortem perceptis secundum ius Longobardicum? V. Cauta iuris Longobardici in Germania applicatio. VI. De fructibus feudi industrialibus Carpzouii opinio notatur. Schwederi sententia. VII. Ius vasalli successoris in fructibus vltimi anni. VIII. Naturali ratione ad seruitia feudalia in diuidendis vltimi anni fructibus est respiciendum. IX. Quatenus dispositio iuris Longobardici in fructibus naturalibus obtineat? X. Ciuiles fructus pro rata vltimi anni diuidendi sunt, nisi in compensationem fructuum naturalium praestentur. XI. Feudo felonia amisso, vasallo nullum ius in fructus vltimi anni nondum perceptos competit.

§. I.

§. I.

Datur annus deseruitus feudalis, quod ex natura feudorum primaeua ostenditur.

Doctrinam in praecedentibus capitibus explicatam, etiam in iure feudali vsum habere, vel ipsa feudorum origo ostendit. Quid enim *feuda* vel *beneficia* ab initio fuere, quam *salarium, stipendium, merces pro seruitio, vel militari vel aulico praestanda?* Formatam enim hanc vocem ex antiqua voce Saxonica *Feo, Feh* vel *Feoh*, quae *merces* et *stipendium* denotat, iam dudum ex SELDENO obseruauit CANGIVS *in Gloss. in voce Feudum.* Vnde ab initio *Feudum* etiam dictum fuit, mutato forsan *h.* in *d.* vel, prout LYNCKER *in anal. ad Ius Feud. Struu. c. 11. aph. 1. n. 3.* arbitratur, quod *sit compositum ex FE, quod est stipendium seu merces et OD, quod bona seu possessionem notat, quasi sit possessio stipendiaria*, hoc est, bona in stipendium seu salarium alicui assignata. Plenius hoc demonstrat de LVDEWIG *diss. de Indole Feudor. c. 11. §. 2. sqq.* Id ipsum quoque status antiquorum temporum prodit, quibus salaria ministris et officialibus, inprimis vero rei militari operam nauantibus, non soluebantur in *pecunia;* cuius sufficiens copia deerat, sed in aliis emolumentis ex praediis, quae in promtu erant, percipiendis, prout adhuc hodie ex antiquo instituto rem diuinam facientes eiusmodi commoda pro diuinis officiis percipiunt. conf. GREGORIVS TVRONENSIS *in Praef. ad lib. V.* HADRIANVS VALESIVS *lib. VII. Franc. p. 360.* Et cum Francorum gens bellis prorsus dedita esset, et ita officia militaria fere omne in republica punctum ferrent, non mirandum est, ab initio pro *seruitiis militaribus* feuda fuisse a regibus Francorum constituta, quamuis praeterea aliae caussae, Francis peculiares, concurrere potuerint, a THOMASIO *in diss. de origin. feudal.* expositae. Postquam sensim *officia aulica* inualuere, nobilibus, in sensu latiori sumtis, assignata: feuda quoque his concessa

pro praestatione officii alicuius, stipendii salariique loco; et ita pedetentim progressus vberiores fecerunt.

Imo ipsa beneficia primaeuam feudorum rationem referunt.

§. II. Ab initio stipendia haec dicta fuisse BENEFICIA, noto notius est, quae *appellatio*, sicut olim diuersos significatus habuit, quos explicat SAMVEL PITISCVS *in Lexic. antiq. Rom. voc. beneficium*, ita feudis ideo applicata fuisse videtur, quod, quae ex *liberalitate principum*, sicuti ab initio *feuda* ex concessione Francorum regum, profecta essent, *beneficia* dicerentur, notante EODEM *cit. l.* Eleganter AVGVSTINVS *Serm. I. in Vigil. Pentec.* *Notum est*, ait, *quod milites seculi beneficia temporalia a temporalibus Dominis accepturi, prius sacramentis militaribus obligantur, dominis suis fidem se seruaturos profitentur.* Imitata est hunc morem ecclesia, et pro *seruitiis ecclesiasticis* clericis certa bona perfruenda concessit, eaque *beneficiorum* appellatione insigniuit, quae nihil aliud quam *feuda ecclesiastica* fuerunt. Iam circa finem seculi V. nonnunquam bona ecclesiae quibusdam perfruenda concessa fuisse constat *c. 61. C. 16. q. 1.* quod tandem in morem constantem adeo abiit, vt veram et genuinam feudorum antiquorum indolem adhuc in *beneficiis ecclesiasticis* cernere liceat, quae alias hodie admodum immutata est. Obseruat id ipsum ESPENIVS *P. II. Iur. Eccl. tit. 18. c. I. §. 9.* docetque, quod, *sicut praedia, quae beneficiario iure a principe possidebantur, mortua persona, extinguebantur, et ad principem reuertebantur, ita quoque primitus comparatum fuerit, vt res ecclesiae iure beneficiario concessae tantum ad eorum vitam censerentur datae, ipsasque possiderent non iure tituli, sed tantum iure personali, vt ita post mortem totaliter ad Episcopi dispositionem reuerterentur.* Postquam vero

vero hoc ipsum in constantem abiit morem, vt loco salarii reditus ecclesiastici certo officio deputarentur, Episcopi quoque, tanquam ordinarii beneficiorum collatores, *modo feudali* clericos de iis inuestierunt et iuramentum fidelitatis ab iis receperunt, quod variis exemplis illustrat GERHARDVS DVBOIS *tom. II. histor. Paris. lib.17. c. 7. §. 10.* Immo nec aliunde natales *inuestiturae per annulum et baculum* arcessendi sunt, quam quod Imperatores, a quibus praelaturae primariae erectae erant, Praelatos de *bonis ecclesiasticis*, tanquam *domini feudi* et *patroni* inuestirent, et idem ius, quod patronis in ecclesiis ruralibus vigore des Pfarr-Lehns competit, exercerent.

§. III. Quae cum ita sint, expeditum est, etiam *de iure anni deseruiti* in feudis recte quaeri, et quamuis tractu temporis pristina feudorum natura admodum mutata fuerit, generalem tamen retinuerunt naturam, vt sub *lege fidelitatis*, et quidem vt plurimum *ob seruitia* vel *definita* vel *indefinita* praestanda concederentur, prout plenius docet ANDR. KOHL *de seru. feudalibus.* Videamus ergo de *fructibus vltimi anni*, quatenus iure *deseruiti* ad heredes allodiales transmitti queant.

Nec aliud dicendum, postquam feudorum ratio mutata est.

§. IV. Constat autem variis finiri feudum modis: (1) *morte vasalli*, quo casu vel reuertitur ad *dominum*, deficientibus descendentibus, qui a primo acquirente sanguinem trahunt; vel ad *successores* feudales transit. *Priori casu* vt plurimum recurrunt ad *2. F. 28. §. 18 his consequenter*; quamuis interpretes non eodem modo de decisione textus sentiant. Ait Feudista: *His consequenter dicitur, quod si vasallus decedat sine herede masculo, et contingat feudum ad dominum reuerti, sic distinguitur, quod si ante Martium, omnes fructus illius anni ex feudo*

Si ad dominum deuoluitur feudum morte vasalli, diuisio in naturalibus fructibus instituisolet secundum ius Longob.

feudo prouenientes ad dominum pertineant. Si vero post Kalendas Martii vsque ad Augustum, omnes fructus, qui interim percipiuntur, ad heredes vasalli pertineant, si vero post Augustum, omnes fructus anni percipiet dominus. Quidam tamen dicunt, quocunque tempore anni decedat, omnes pendentes fructus ad dominum pertinere. Fluctuat Feudista, nec mirandum, cum capite praecedente obseruatum fuerit, circa *beneficia ecclesiastica* doctores etiam admodum fluctuasse. Interim hoc expeditum est, ab eodem magis priorem sententiam approbatam, et posteriorem, quae a Legistis ex *l. 44. D. de R. V.* assumta videtur, tantum relatam fuisse. Quae vero praxeos Longobardicae ratio fuerit, secundum quam adducta temporum interualla adeo distincta fuerint, maiorem difficultatem habet. Admodum probabilis est sententia COCCEII *diss. de Iure Semin. Sect. VI. §. 1.* statuentis, *ius hoc debere suos quasi natales iuri Saxonico. Nam, pergit, quia Longobardi, iuris huius feudalis autores, e terris Saxonicis vel Saxoniae vicinis olim profecti, in Italiam migrarunt, non vana est coniectura, ius, quod apud Saxones a cultura dependet, in Italiam inuectum, et sic a collectoribus feudalium consuetudinum nobis relictum esse.* Eandem sententiam suam fecit de LVDEWIG. *diss. de different. iur. Rom. et German. in fruct. attribut. p. 43. lit. H.* eamque paulo vberius illustrauit ex iuris Saxonici vulgato asserto: was die Egge bestrichen, und die Hacke bedecket folget dem Erbe, de quo vid. HERTIVS *in Paroem. Iur. Paroem. 20.* Ideo enim Kalendae Martii *pro termino a quo* constitutae esse videntur, quia in Italia eo tempore ager iam rastris subactus, et opera in producendos fructus necessaria absoluta erat. Finis Augusti autem rursus pro *termino a quo* constitutus est, quia eo tempore messis et vindemia etiam vt plurimum in oris Italiae iam facta erat. De vindemia hoc luculenter probat BITSCHIVS *ad 2. Fend. 28. p. 540.*

Cuius ratio traditur.

ſup. ex *l. 2. C. de Feriis*, et PLINIO *lib. XVIII. nat. hiſtor. c. 31* quod etiam de LVDEWIG *cit. l. p. 44.* approbat.

§. V. Sed ita non omnes ſuperatæ ſunt difficultates. Nam (1) termini hi ad mores Germaniæ ſimpliciter haud quadrant, cum hiſce in oris *Kalendis Martii* ager non ſit raſtris ſubactus, niſi quoad ſemina, quæ tempore hyberno terræ ſunt inſita, ne dicam de *vineis*, quarum cura et cultura demum poſt Martium finitur. Similiter circa *finem Auguſti* nec vbique meſſis, nec vindemia facta eſt, vnde, ſi FEVDISTAE ſententia recipienda eſt, terminis hiſce non *ſimpliciter* inhærendum, ſed potius ius Saxonicum ſequendum erit. (2) Diſtinctio Feudiſtæ ad quædam lucra feudalia applicari nequit, ſed tantum pertinet ad *fructus naturales*, adeoque quid de ceteris compendiis dicendum ſit, maxime ambiguum eſt. Videamus de ſingulis.

Interim ius Longobardicum cum gradu ſa'is moribus Germanicis applicandum eſt.

§. VI. Agit de his CARPZ. *P. III. C. 32. def. 9.* et inter *fructus induſtriales* refert lac, lanam, ius coquendi cereuiſiam, venationes, fructus aucupiorum, lapidicinarum, cretifodinarum &c. additque, cum ad hos fructus non applicari poſſit diſpoſitio iuris Saxonici, ſtandum eſſe etiam in foro Saxonico diſpoſitioni iuris communis. Inde infert *n. 9. cui conſequens, heredes lucrari lanam et lac, nec non venationibus vti per totum annum, ſi vaſallus poſt Kalendas Martii deceſſerit. Ex hac pariter ratione in foro etiam Saxonico heredes allodiales vaſalli, qui poſt Kalendas Martii decedit, per totum illum annum in prædiis feudalibus cereuiſiam coquere, illamque vendere poterunt.* E verbis adductis liquet, CARPZOVIVM exiſtimaſſe, iuris Longobardici placitum a iure Saxonico diuerſum eſſe, id quod tamen erroneum eſt. Dum itaque concedit, iuris Saxonici diſpo-

De fructibus ciuilibus dividendis varie ſentiunt Doctores.

spositionem ad adductas emolumentorum species applicari haud posse, praesertim cum Feudista tantum de *fructibus naturalibus* disponat, simul adstruere debet, nec ius Longobardicum his applicare posse. Proinde SCHWEDERVS *diss. de fructibus Feud.* *§. 21. sqq.* in alia omnia iuit, et de singulis speciebus diuersam formauit decisionem. Nam (1) *ius venandi* heredibus per integrum annum competere negat, quocunque etiam tempore vasallus decesserit, quod sit priuilegium reale, ipsi feudo cohaerens, adeoque ipsum sequatur feudi successorem. Idem (2) de *iure coquendi cereuisiam* dicendum esse iudicat, et multo magis de *iurisdictionis feudalis commodis*, seu *mulctis*; cum illa, qua talis, ad heredes non transeat. (3) *Lanam ouium* nondum detonsam abiudicat heredibus allodialibus, sed instar fructus pendentis assignat successori feudali iuxta *l. 42. D. de vsur.* (4) *Pisces* in piscinis et stagnis attribuit itidem successori feudali, si vasallus pisces simul a domino directo in feudum acceperit. (5) *Mortuaria*, vtpote viuo vasallo non debita, itidem successori feudali cedere ait. (6) De *annuis reditibus* plenius agit §. 31. docetque eos, vasallo ante terminum solutionis mortuo successori feudali esse assignandos &c. Denique in *fructibus ciuilibus* solent hanc construere regulam, quod, *quia dispositio iuris feudalis ad eos non quadret, iuri communi hic standum sit.*

Sententia Schwederi refertur.

Longe aliter sensit FRANCISCVS GALLVS *de Fruct. disp 27. art. 2. n. 7. sqq.* qui varie, sed fere sine certo fundamento distinguit, et infinitum foret, omnes Doctorum enumerare sententias, quae in decisione feudali tam inadaequata non possunt non variare.

Galli sententia diuersa

§. VII. *Posteriori casu*, feudo ad successores feudales deuoluto, adhuc magis ambigunt, dum quidam procedendum esse volunt iuxta *l. 64. D. de vsufr.* quod decisio iuris feudalis sit

Si ad agnatos feudum deuoluitur, diuisionem pro

sit exorbitans nec extendenda: quidam procedendum esse arbitrantur iuxta *2. F. 28.* cum *2. F. 45.* Feudista se referat ad priorem textum, eumque etiam ad hunc casum applicasse videatur: quidam denique pro rata temporis fructus diuidendos esse volunt, quod feudum possideatur ex causa onerosa, et vasallus propter fructus præstet seruitia, et ita *pro rata temporis* fructus promeruisse censeatur. Hanc vltimam sententiam etiam defendit SCHRADER *de Feud. II. p. 9. part. princ. sect. 3. n. 82.* argumento desumto a fructibus fundi dotalis anni vltimi, cui adhuc duodecim addit argumenta, parum roboris in se habentia, et *n. 92. sqq* ad rationes dissentientium respondet, putatque in *2. F. 45.* non agi de *transmissione fructuum vltimi anni in heredes allodiales*, sed *de debitis ex fructibus vltimi anni soluendis*, quo casu tantum distinctio *2. F. 28.* adducta obseruanda esset, quæ tamen responsio satis lubrica est.

rata anni te sstituendam esse volunt.

§. VIII. Tot tantisque dubiis fluctibusque est exposita doctrina de *anno deseruito feudali*, quæ tamen fere quotidiana est. Si a iuris feudalis dispositione discedimus, facillimo studio omnia obstacula dissipari posse crederem, si recursus ad principia antea explicata fieret. Feuda enim instar *salariorum* data ab initio fuisse in compensationem *seruitiorum feudalium §. 1. sqq.* dictum est, et sic emolumenta vltimi anni eodem censeri debent iure, quod in genere in *anno deseruito* obtinet. Et quamuis feudorum ratio hodie in plurimis admodum mutata sit, in eo tamen retinuere primæuam suam indolem, quod *fidelitatis præstandæ* intuitu et inde dependentium seruitiorum vasallis dentur, et consequenter non omnem rationem *salarii stipendiique* amiserint. Id quod animaduertentes nonnulli doctores generaliter, vel in certis casibus, diuisionem

Immo regulariter hæc diuisio instituenda esset, si ius Longobardi cum deesset.

uisionem redituum admiserunt, vt antea vidimus. conf. BERLICH. *P. III. conclus. 48. n. 25. seqq.*

Vera ratio procedendi in hac materia.

§. IX. Quia vero ius Feudale Longobardicum ab hac doctrina prorsus recessit quoad *fructus naturales*, in praxi hoc modo procedendum esse arbitror. Ante omnia distinguendum inter fructus *naturales*, quos natura producit, et *ciuiles*, qui ex prouisione hominis partiumque conuentione proueniunt, et occasione rei percipiuntur, vt sunt mulcta, laudemium, mortuarium, gabella, vsurae, decimae, reditus &c. In *naturalibus* ante omnia ad statuta et prouinciales locorum constitutiones respiciendum, quae a iure Longobardico nonnunquam recedunt, vt exemplo *iuris Saxonici* et *Marchici* liquet. His deficientibus, rursus videndum, vtrum dispositio iuris feudalis recepta sit in eo loco, in quo haec quaestio incidit, nec ne? Praxin enim eius dubiam esse asserunt WESENBEC. *in addit. ad Schneidewin. in §. 36. de R. D. n. 5. lit. F.* SVEVYS *Exercit. Feud 9. ass. 2.* de LVDEWIG *Diss. de different. iur. Rom. et Germ. in fruct. attrib. p. 52. et 57.* cum ius Feudale Longobardicum non vbique eandem habeat auctoritatem, et tunc maxime respuendum sit, si vel cum moribus Germaniae pugnat, vel rationi iuris non adeo conforme esse videtur. Alleganti ergo obseruantiam in hac doctrina incumbit probatio, qua deficiente, reditus regulariter, inter successorem feudalem vel dominum et heredes allodiales, diuidendos esse existimarem, cum haec diuisio et rectae rationi, et principiis iuris communis admodum conformis sit, exceptis tamen reditibus *quotidianis*, qui, sicuti vsque ad mortem vasalli iam percepti sunt, ita in diuisionem amplius venire nequeunt. Probata autem et asserta obseruantia iuris Longobardici, diuisioni antea allatae insistendum, non tantum si ad *dominum*, sed etiam si ad *successores*

(1) videndum ad statuta locorum.

(2) An ius Longobardicum sit receptum?

De quo si constat, vtroque casu in naturalibus iuri

rei feudum deuoluitur, quod ex 2. F. 45. aperte liquet. Nec admittenda est SCHRADERI supra relata restrictio, quod in hoc textu tantum de debitis ex fructibus vltimi anni soluendis agatur, ideo enim debita inde soluenda sunt, quia ad allodium spectant, ex quo debita vasalli sunt soluenda. Aut ergo vtroque casu admittenda est diuisio fructuum pro rata anni, aut distinctio iuris feudalis ad vtrumque applicanda est casum. Quod vero in casu feudi ad agnatos deuoluti plurimi ad diuisionem fructuum prouocauerint, non leue sane indicium præbet, iuris feudalis dispositionem a plerisque desertam fuisse, et ita praxin eius eo magis dubiam esse, quod hæc ex interpretum doctrina et commentatione ortum traxerit. *Longobardico standum.*

§. X. In *fructibus ciuilibus* ius Longobardicum deficit, vtpote de quibus non loquitur, obseruante COCCEIO *de Iur. Semin. sect. VI. §. 13.* excepto solo casu, si vasallus prædia feudalia locauerit, cum locarium soluatur pro *fructibus*, et ita fructuum ius sequi debeat. Quocirca etiam in iis locis, vbi ius Longobardicum receptum est, subsistendum in *iure communi*, et diuisio horum redituum pro *rata vltimi anni* suscipienda. Nec sequenda CARPZOVII §. VI. adducta sententia, quæ erronee præsupponit, ius Longobardicum de quibusuis intelligendum esse lucris, cum tamen ratio eius potissimum quærenda sit in *cultura* et *cura*, quæ in ciuilibus euidenter cessat. Subsistendum ergo magis in diuisione *pro rata anni*, quod etiam concedit COCCEIUS *cit. l. §. 15. seqq.* Nec in piscina aut stagno, cum piscibus in feudum dato, aliud dicendum esse arbitror, vtut doctores hic admodum varient, teste BERLICHIO *P. III. concl. 45. n. 20 seqq.* Quamuis enim non vbique ad fructus annuos commoda piscinæ referri queant, quia alicubi singulis, alicubi ternis annis piscatio fieri so- *Ad fructus ciuiles applicari nequit ius Longobardicum* *Ergo diuisio pro rata anni facienda.*

let, hoc tamen non impedit, quo minus heredibus pars horum redituum commode assignari queat. SCHRADER *de feud. tit. I. n.* 72. In *lana ouium* aliisque similibus lucris eadem æquitatis ratio deprehenditur, adeoque laudemia, gabellæque et mortuaria, si in vltimum annum incidunt, in diuisionem venire debent. Quod vero BERLICH. *P. III. concl.* 43. *n.* 30 limitationem in feudo *Cameræ* et *Cauenæ* (vel vt aliqui loqui malunt *Caneuæ*) constituat, rationem non habet. Ait, *vasallos in tali feudo, anno semel cœpto, decedentes, reditus totius anni transmittere ad heredes,* quod ex principiis *c. II.* reprobatis fluit, adeoque peculiari refutatione non indiget.

Quid obtineat in feudo ob feloniam amisso.

§. XI. Denique si per feloniam amittitur feudum, diuisionem fructuum cessare arbitror. Præsupponit felonia, vasallum egisse contra fidelitatem domino debitam, intuitu cuius commoda feudalia percipit. Quemadmodum itaque vasallus ipsa substantia feudi priuatur in pœnam *perfidiæ commissæ*, ita multo magis reditibus nondum perceptis priuandus erit, quos ob *causam* percipere debebat, quæ, felonia commissa, cessat. Ceterum a quo tempore fructus quoque amittat, vtrum a tempore *commissæ feloniæ*, an vero *sententiæ priuatoriæ*, ex illa præiudiciali quæstione dependet: an et quatenus feudum *ipso iure* amittatur, et quatenus sententia sit *declaratoria* vel *priuatoria?* quam late Feudistæ explicant, ad quos breuitatis studio B. L. remitto conf. STRVV, *Ius Feudal. c. XV. aph. XI. n.* 4. SCHWEDER *de fructibus feudal.* §. 35 *seqq.* ROSENTHAL. *de Feud. c. X. concl.* 42. *n.* 14. *seqq.* GALLVS *de Fructib. c.* 27. *art.* 2. *n.* 13. Ego vero riuos claudendos esse arbitror, cum sat prata bibisse videantur.

EX.

EXERCITATIO LVI.
AD LIB. XIX. PAND. TIT. II.

DE

IVRE PRIMI FORI LOCATORIS IN CONDVCTOREM.

ARGVMENTVM.

I. Commoda primae instantiae. II. Iustitia in eadem defendenda. III. Sub continentiae caussarum vel prorogationis colore non est eludenda. IV. De foro primo conductorum colonorumque. V. De foro rei sitae in actionibus realibus et remediis possessoriis. VI. VII. De foro domicilii et contractus in actionibus personalibus aduersus colonum. VIII. Competentia fori locatoris ex pacto adiecto conductoris. IX. Eius indoles ex prorogatione iurisdictionis non aestimanda. X. Competentia fori locatoris ex domicilio conductoris. XI. Domicilium constituitur habitatione perpetua, XII. quae vel expressa declaratione, XIII. vel ex factis concludentibus, XIV. vel ex temporis diuturnitate colligitur. XV. Acquisito iure ciuitatensi constituitur non vero solo matrimonio alibi contracto. XVI. De necessario domicilio. XVII. XVIII. Conductor vi constituti domicilii foro locatoris subest. XIX. Consensus doctorum. XX. Obiectio ex indole locationis et habitationis temporariae diluitur. XXI. Obiectio ab immunitate conductoris a gabellae detractione, XXII. nec a successione in bona conductoris, ex legibus fori locatoris non definienda. XXIII. XXIV. XXV. Iura Megapolitana in hoc argumento.

§. I.

§. I.

Ob primam instantiam cum rei tum iudicis inferioris interest.

Tametsi in iudiciis de *obiecto*, super quo disceptatur, et occasione eius de variis *exceptionibus* actioni oppositis soleat satis feruida inter actorem et reum esse contentio: vix tamen eam concertationem superat, quae speciatim super exceptionibus *fori declinatoriis*; et inter has super exceptione *primae instantiae* mouetur. Quum enim reus per hanc vltimam *ordinem*, quo iudicia sibi subordinantur, in prouincia vel territorio introductum, magnopere turbatum queratur, eius vero quam maxime *intersit*, vt seruato ordine lis penes *inferiorem*, seu cui *primo* loco subest, peragatur; non potest non maxima contentionis occasio nasci, quoties reus apud iudicem *superiorem* in prima instantia conuentus, et ab hoc euocatus, ad iudicium *inferius* prouocat, caussae ad illud remissionem vrget, et factum cum actoris, tum iudicis superioris impugnat: his contra caussam pendentem et *fundatam potestatem* acriter propugnantibus. Et *rei* quidem interesse non ex longinquo repetendum, dummodo expendantur 1) iudicium et aduocatorum *sportulae*, lege vel more in iudiciis superioribus nimium quantum extensae 2) *mora*, qua ob molem caussarum ex tota prouincia vndequaque huc deuolutarum, lites ibidem protrahuntur, et 3) alia incommoda comparitioni partium *personali* cohaerentia, quae praesentes in iudicio inferiori quidem superare, *absentes* autem apud superiorem vix ac ne vix quidem declinare possunt. Taceo praeiudicium omnium grauissimum, cui, sublata *prima instantia*, semper exponuntur rei, dum *prouocationes* a sententia grauante coanguſtantur, in locum duarum vel trium instantiarum, *vna* vel *duplex* saltim appellandi facultas superstes

fles manet. Vnde tanti visum est illud praeiudicium ICtis, vt necessitatem, caussas apud inferiorem tractandi respectu reorum, *beneficii* insignis loco esse iudicauerint, et ideo *beneficium primae instantiae* vocare sueuerint, multo melioris conditionis reos esse rati, qui in prima instantia coram iudicio inferiori se defendere possent, quam qui mox penes superiorem litigare tenentur. Atque hactenus rei litigantes momentis non destituuntur de prima instantia concertandi. Verum et ipsius *iudicis* inferioris quoque quam maxime interest, *fines* iurisdictionis suae non *turbari*, sibique immediate subiectos ciues a superiori per modum *primae instantiae* non euocari; quod sine grauissima ipsius iniuria fieri nequit. Quid itaque mirum? si is passim eiusmodi conatibus se opponit, querulatur, protestatur, forumque suum tanquam primam instantiam acriter vindicare studet, sola curiis superioribus *secunda instantia* relicta? Testatur id experientia quotidiana, quoties subiecti fraudulenter ita subducuntur iurisdictioni inferiori, et apud superiorem conuenti euocantur. Hinc famosae *interuentiones* iudicum inferiorum in lite principaliter contra debitorem mota; hinc preces pro tuenda iurisdictione coram *principe* separatim propositae. Vtroque casu lis solet esse seria, nunquam autem ardentior, quam quoties iudex inferior cum reo conuento caussam *communem* facit, et huic primam instantiam vrgenti *adsistit*, quia tunc actori cum *duobus* aduersariis res esse incipit. Neque id in caussis *priuatorum* tantum se exserit, verum etiam in *publicis*, praecipue in Imperio nostro Germanico, vbi iudicia suprema contra principes sibi plus iusto nonnunquam adserere solent, iudicio *austregarum* tanquam foro primae instantiae non attento, vel in caussis feudalibus neglecto foro principis intermedii. DE LVDEWIG *de prim. for. subfeud. imp.*

Vtrumque ergo eam iuste defendit.

§. II. Iustaene an iniustae sint istae querelae dicasteriis superioribus oppositae ex indole et circumstantiis caussae in litem deductae quidem plerumque dependet, in *thesi* tamen eo facilius iustitia earum defenditur, quo euidentius cum *leges*, tum legum *rationes* pro illa militant quam plurimae. Enim vero vti interesse reorum apud iudicem inferiorem in prima instantia standi secundum §. ant. *notabile* et manifestum est; ita nemini vitio verti potest; qui quod suum est, defendere, sub hoc praetextu forum superius declinare, sibique contra quoduis *praeiudicium* ei cohaerens prospicere gestit. Et si studium quoduis damnum ac incommodum procul arcendi iustum est, non potest exceptio *primae instantiae* eiusque strenua defensio iniusta esse. Ad haec in bene ordinatis ciuitatibus et in specie in Germania nostra certi cuiusuis magistratus sunt *limites*, certae *determinationes* caussarum in iudiciis pertractandarum, certus *ordo* et nexus, quo iustitia administratur, iudiciaque sibi inuicem *subordinantur*, ex quibus cum ratione ipsius iudicis, tum ratione subiectorum tale ius *perfectum* ac radicatum oritur, quod sine maxima iniuria nec illi, nec his temeraria *euocatione* adimi, sed *honesta* quauis ratione contra qualiacunque molimina ab his defendi potest. Nec ergo rei, nec iudices, dum talia peragunt, increpandi, immo potius laudandi, quod *ordinem* tot iudiciis praescriptum sartum ac incolumen hoc ipso seruare studeant. Licet enim *iustitia* periclitari non videatur, inferiorne, an superior iudex cognoscat, pro vtroque quippe optima *praesumtione* militante, satis tamen caussae superfuit illis, qui primitus certam *subordinationem* inuexerunt: ergo talis sufficere debet his, qui ordinem inueteratum tuentur, et ius sibi inde rite *quaesitum* quouis modo persequuntur. Accedit aliquando *peculiaris* ratio, quam in iurisdictione nobilium *patrimoniali* cernimus, quae tanto mi-

mus præsertim in persona iudicis primæ instantiæ ipsi competentis propugnationem damnat, quanto magis ius sibi *proprium*, et iurisdictionis non meram *administrationem*, sed *dominium*, vti id vocat B. de LVDEWIG *de praed. nobil. iurisd. diff. VII. n. 15.* contra aliorum restrictiones turbationesque ex indole et qualitate patrimoniali iuste defendere potest. Et quum hanc iurisdictionis speciem in aliis caussis *præferant* ICti pragmatici iudiciis administratoriis ac personalibus, et *prorogationem* iurisdictionis hic admissam, ibi vel plane non, vel *difficulter* admittant: STRYK *V. M. de iurisd. §. 22.* STAVINSKY *de iurisd. extr. territ. c. 11. sect. 2. §. 11.* tanto maior hic ratio pro tuenda exceptione primæ instantiæ concurrere debet. Atque hactenus ratio et analogia iuris vetat, ne quod cuique suum est, auferatur, vel quomodocunque minuatur, sed ordo primi, secundi, et vlterioris fori *religiosissime* custodiatur. Confirmarunt id passim leges *prouinciales*, tantum non omnes, quas transcribere iam non vacat, quia hoc caput est iuris *communis* in legibus imperii nostri abunde stabilitum. Iam Romanis legibus vetitum, *ordinarii iudicis examen declinare*, vt patet ex lege CONSTANTINI 4. *C. de iurisd. omn. iud.*, quam magis stabiliuerunt ARCADIVS et HONORIVS graui poena contra eos, *qui caussam ad vetitum examen vocarunt*, decreta in *L. 5. C. eod.* Eadem principia repetit ius *Canonicum*, et episcopis suam cuique in clericos primam iurisdictionem (exceptis dioecesibus, in quibus archidiaconalia vel alia inferiora iudicia supersunt, ibique primam instantiam faciunt) vindicauit, ceu ex epistola GREGORII discimus *c. 39. C. XI qu. 1.* vbi in fine hæc notabilia verba leguntur: *Nam si sua vnicuique episcopo iurisdictio non seruatur, quid aliud agitur, nisi, vt per nos, per quos ecclesiasticus custodiri debet ordo, confundatur.* Quod autem inter clericos iustum pontifici visum, ob rationis paritatem

inter iudices *laicos* aeque iustum esse debet: Conspirat cum his ius *Germanicum*, quod religiose terminos primi cuiusque fori conseruat, ne quidem *Camerae* cognitione extra casum *denegatae iustitiae* in prima instantia probata. Sic namque definit ORDIN. CAM. *de an. 1555. p. II. Tit. I. Erstlich setzen, ordnen wir, dass alle des H. Roemischen Reichs Verwandte und Vnterthanen bey ihren ordentlichen inlændischen Rechten und Gerichten gelassen, also dass ein jeder in dem Gerichte, darinnen er ohne Mittel gesessen und gehörig ist, fürgenommen.* In specie contra Camerae euocationes subditos statuum mediatos eorumque iudices ordinarios muniuit proxime sequens clausula: *Er soll auch das* Kayserl. *Cammer-Gericht in erster* instanz *oder Recht-fertigung auf Niemands Klag oder Ansuchung, Ladung erkennen oder geben gegen diejenigen, die der Kayserl. May. und dem Reich nicht ohne Mittel unterworffen sind, und doch ihren ordentlichen Richter haben.* Sed tempora docuerunt, segniter haec fuisse obseruata; vnde tot querelae statuum natae contra *turbationes* primae instantiae cum in caussis *propriis*, tum *subditorum*, vt ex libello supplici de *anno 1641.* quem exhibet DE MEIERN *in Actis comitialibus Ratisbonensibus V. II. L. 8. §. 2. p. 9.* et ex *Monitis ordinum de supremi tribunalis Imperatoris Viennensis* nexis apud HENRICVM ab HENNIGES *p. I. medit. ad I. P. Mantiss. II. p. 778.* apparet. His tandem obuium iuit *Instr. Pac. Caesareo Sueuicum C. V. §. 56.* et vt ordinibus priuilegium primae *instantiae, austregarum et ius de non euocando* illibatum maneret, diserte cauit. Denuo hanc sanctionem firmauit *R. I. de an. 1654. §. 116. 168.* nec non *Capitul.* CAROLI VI. CAROLI VII. FRANCISCI I. §. 18. 19. Immo iam Carolus VI. §. 10. *der verbesserten Reichs-Hoffraths-Ordnung an.* 1714. cauit, *weniger nicht* priuilegia austregarum, primarum instantiarum *den Reichs-Satzungen nach genau beobachten solle, damit dagegen hinführo kei-*

ne Beschwerden mit Grund der Wahrheit kan geführet werden. Conf. PFEFFINGERI *Vitriar. illustrat. L. IV. Tit. 7. §. 29.* et inter strenuos primae instantiae vindices B. de LVDEWIG. *Conf. Halens. Vol. I. L. I. Conf. 281. n. 1. seq. Vol. II. Conf. 95.*

§. III. Quae cum ita sint, non immerito priuilegio primae instantiae cum subiecti *ciues*, tum eorum primi *iudices* fortiter hodie insistunt, nec caussam huc pertinentem ad curias *superiores* trahi patiuntur; ipsi iudices vero superiores tanto religiosiores sunt, qui non exspectata exceptione *ex officio* caussam delatam ad primum forum remittunt, ad quod saltim *conscientiae* ratione propter manifestam legum sanctionem tenentur, vt obseruat CL. ESTOR *de Iur. primi fori S. II. §. 60.* Quod vero directo non licet, nec per *indirectum* admittendum, quin potius quicquid ad subuertendum primae instantiae forum in *effectu* tendit, iisdem legibus vetitum fuisse, merito existimandum, et saltem ex iisdem his principiis decidendum. Nam quod per indirectum legum finem peruertit, in *fraudem* earum fieri censetur. Non raro tamen talia excogitantur, quae cum his manifeste pugnant. Non longus ero in recensendis speciebus huc pertinentibus; sed aliquot specimina tantum referam, vt qualem fauorem *primae instantiae* forum habeat contra omnes huius priuilegii *elusiones*, inde constet. Sic nonnunquam fieri solet, vt actor vna cum reo principali captiose *coniungat* plures alios, eosque coniunctim sub praetextu *continentiae caussae* ad curiam superiorem trahat, hoc solo fine, vt reum principalem *primae instantia* defraudet, qualem casum refert CARPZ. *L. II. Resp. 17.* sed iusta ex ratione propter iura primi fori reprobat; *conf. ... D. quib. ex caus. ad eund. iudic. §. 3.* et BEYER *ad Decad. tit. posit. 4.* Pariter reus facta ad superiorem contra sententiam inferioris ab actore prouocatione

Siue directo siue per indirectum illa ipsi interuertatur.

non-

nonnunquam *reconuentionem* ibidem instituere satagit; quam Pragmatici hoc sola ratione non admittendam esse censent, quia per indirectum actori prima instantia subuertitur. MEVIUS *P. VII. Dec. 89.* Et cum primi fori ius non tantum litigantium, verum ipsius *iudicis* quoque fauorem concernit, palam est, subditos statuum *mediatos* ne quidem mediante *prorogatione* in praeiudicium *Principum* foro primae instantiae renunciare, et *camerae* sese subiicere posse, licet id sibi persuaserit MYNSING. *Cent. 1. obs. 88.* Hoc solum impune fieri censetur, vt subiecti in iudicem eiusdem territorii secundum, mediante *prorogatione* primum forum declinare possint, quamuis ne id quidem, quoties *patrimoniali* iurisdictioni subsunt, plures admittant, quibus dicam scripsit. LEYSER *Sp. XXIX. med. 5.*

Adplicatur id ad colonos et thema dissertationis proponitur.

§. IV. Haec omnia eum in finem praemittenda esse duxi, vt quantam attentionem mereantur omnes controuersiae, in quibus ius *primi fori* vltimo in litem deducitur, adpareat. Quarum quum multae ac variae esse possint, ita in praesenti specimine de vnica tantum quaestione sum acturus, quae *forum primum conductorum colonorumque* concernit. Quotidianum quippe est, vt exteri praediorum *nobilium*, quibus iurisdictio *patrimonialis* cohaeret, reditus vel rem rusticam in totum, vel pro parte *conducant*, ibidem quasi *sedem* figant, et *quaestus* faciendi gratia aliquamdiu *commorentur*, vbi quum actiones aduersus eos instituendae, non leuia emergunt dubia, forumne apud *locatorem*, seu praedii nobilis dominum, an in *curiis superioribus* principum sortiantur, et num in his conuenti vel ipsi, vel eorum locatores beneficium *primae instantiae* cum spe victoriae propugnare queant. Qua de re vt eo adcuratius constet, opus erit, ipsas *actiones* distinguere, quarum quaelibet *propriam* habet naturam, et ad certum forum solet esse restricta.

§. V. De *realibus* aduersus colonos mouendis, si quaeritur, decisio non e longinquo repetenda. Cum enim hae ex iure, *rem* ipsam, de qua lis est, *adficiente*, oriantur, et ideo contra praesentem rei *possessorem* dentur, non potest non sequi, illas ordinarie in foro *rei sitae* esse instituendas *l. 38. de iud. L. fin. C. vbi in rem act. c. f. X. de foro compet.* et VOET. *ad Tit. de iud. §. 76.* Quodsi ergo res *singularis* vindicatur, *hereditas* sub iurisdictione nobilis sita a colono petitur, actio *seruiana* contra eum instituitur, vix dubium esse videtur, quin coram *nobili* conueniri debeat, quia eum rem litigiosam detinere, et sic in eius *possessione* il idem esse sufficit, adeo, vt ne quidem *exemtio*ratione personae competens ipsi prodesse possit; Nam in actionibus realibus forum *priuilegiatum* non attenditur, reusque non sub alia qualitate, quam quia *possidet*, actione pulsatur. *c. 5. X. de foro compet.* GAIL. *I. Obs. 37. n. 4. conf. diss. de succes. in bon. Cler. sing. c. 11. §. 16.* Quod si conductor non extraneus sed in praediis conductis, sub iurisdictione nobilis sitis, *sedem fixam* habet, ob concursum fori domicilii, et rei sitae hoc vnicum forum sortitur; sin alibi *domicilium* habet, cogendus non est actor, vt forum rei sitae praecise sequatur, vti existimauit MARTINI *in Proc. Lib. XI. §. 2. n. 235.* et DONELLVS *XVII. Comment. 17.* sed integrum ipsi est, actionem in foro *domicilii*, quod cum aliis *electiue* concurrit, proponendi, ibidemque primum forum fundandi *l. 2. §. 3. de eo, quod cert. loc. l. 66. in f. SCt. Trebell. l. 38. de iudic. L. fin. C. vbi in rem act.* SCHILTER *Ex. XIII. §. 30. seq.* VINNIVS *partit. iur. l. 101. c. 10.* Fateor, executionis *difficultatem* actori in hoc foro obstare; ea uero non impedit, quo minus is, si vult, cum *incommodo* agat in foro domicilii, nec reo ius confert opposita exceptione fori incompetentis, *remissionem* ad iudicem rei sitae vrgendi. COCCEIVS *de fund. in territ. et plur. locor. concurrent. potest tit. IV. §. 5.*

Actio realis contra colonum in foro rei sitae instituenda.

Quod

nec non in rem scripta

Quod de actionibus realibus præmisi, ad actiones *in rem scriptas* quoque referendum, quia etiam hæ contra possessorem *qua talem* dantur, et sic contra conductorem velut rei alicuius detentorem in foro rei sitæ competunt, *cit. l. 38. in f.* STRVV. *Ex. IX th. 51.* Nec aliud de remediis *possessoriis* dicendum.

et remedium possessorium.

Nam si colonum sub iurisdictione nobilis delitescentem his implicari contigerit, secundum indolem istorum remediorum particularem, quæ *promptissimam* executionem exigit, lis sua natura alibi, quam vbi res sita, moueri nequit COCCEI. *cit. l. tit. IV. §. 4.*

Actiones personales vero ex delicto vel contractu orta in foro domicilii vel contractus aut delicti.

§. VI. Progredior ad *personales* actiones, quæ cum vel ex *delicto*, vel ex *conuentione*, vel immediate ex *lege* oriantur, pro ista diuersitate diuersum forum fundant. Quæ ex delicto vel contractu oriuntur, tametsi in foro *domicilii* recte instituantur, æquali iure tamen quoque in foro delicti vel contractus licite mouentur *c. fi. X. de foro compet.* BARDIL. *de foro compet. rat. contract.* Contra quas immediata *legis* dispositio producit, eas, præterquam si fuerint in rem scriptæ, in alio, quam *domicilii* foro institui, ratio iuris non patitur, quandoquidem ius ad rem, ex quo oriuntur, *personam* rei; iudiciumque, cui respectu *personæ* subest, comitatur. Fac itaque colonos nobilium intra terminos iurisdictionis patrimonialis delinquere, vel contrahere, sed *peculiari* domicilio alibi instructos esse, quis secundum principia præmissa actori in dubium vocabit *electionem*, vtrum in foro *domicilii*, an vero *delicti*, aut contractus coram nobili eos conuenire velit, adeo, vt vtrobique *primum* eorum *forum* quærendum sit, nec illi remissionem caussæ ad patrimonialem iurisdictionem, sub qua deliquerunt, vel contraxerunt, vrgere præcise possint. Cessante autem alio quocunque domicilio, si ex proprio contractu intra *districtum*

iu-

iurisdictionis locatoris celebrato coloni obligantur, nullum aliud, quam *domini* sui forum competens habent, consequenter quaestio de prima instantia sine ambagibus decidi poterit; Quod etiam, si ibi *delinquunt*, et commorantur, ex rationis paritate dicendum.

Actiones personales vero ex lege vel contractu defuncti ortae in foro domicilii tantum.

§. VII. Superest, vt de actionibus immediate ex *Lege* vel ex *contractu* extra districtum iurisdictionis patrimonialis, sub qua iam commorantur, *olim* alibi celebrato ortis, vel ex obligatione *defuncti* in colonos tanquam heredes competentibus dicamus. Merito hos tres casus coniungimus, quia pari passu ambulant, et ex *eodem* fundamento decidendi sunt. Repetendum tamen in his quod in antecedentibus monuimus: nimirum multum interesse, vtrum talis colonus alibi magis, quam vbi conduxit, *habitet*, et notorie extra iurisdictionem *domicilium* sibi constituerit nec ne? De illo casu nulla ratio dubitandi superesse potest, quin colonus invitus sub tali *domicilio* se defendere teneatur, cessante omni cum eius, tum nobilis contradictione efficaci ob eandem, quam antea praemisi, rationem. De hoc vero vnice lis superesse, et quaestio de fori competentia moueri potest. Consequenter ad statum controuersiae recte formandum praemitto, supponendum esse 1) conductorem praedii nobilis ibidem *commorari*: 2) alibi certum et indubium *domicilium*, in quo saltem aequali iure *primam instantiam* adgnoscere tenetur, non habere: 3) nec ex iure in re, nec ex delicto, nec ex contractu ibidem celebrato conueniri, sed 4) solum tali, de qua *hoc §. sub initio* praefatus sum, actione *personali* in curiis superioribus in ius ab actore vocari, reum autem 5) *principaliter*, locatorem vero nobilem *interueniendo* primam instantiam huic facto opponere, eamque iurisdictioni patrimonia-

li vindicare; denique 6) colonum *iurisdictionem* vna cum prædio non conduxisse, alioquin enim vt verbis LEYSERI *Med. ad D. Sp. CCXVI. n. 4.* vtar, *locator, qui ipse iurisdictione se per locationem abdicauit, eam in conductorem habere nequit, sed conductor iure ceterorum incolarum censetur, atque ei iurisdictioni subiicitur, cui familia locatoris, quamdiu is prædium ipse tenuit, subfuit.* His inquam suppositis lis non erit inanis, nec caussa alterutrius fori adeo liquida, quin vtrinque rationes grauissimæ opponi possint, quas in sequentibus paullo plenius examinabo.

Maxime si colonus per pactum locationi adiectum iurisdictioni locatoris nobilis se subiecit.

§. VIII. Quemadmodum vero in quibuscunque caussis circumstantiæ mirum in modum variant, ita quoque in præsenti specie vsu venire solet, vt per *pactum* contractui locationis adiectum sæpe fundamentum aliquod substituatur, ex quo caussa conductoris locatorisque in puncto *competentiæ fori* eo fidentius contra euocationem curiarum superiorum defendi potest. Solemne quippe esse, et instar *cautelæ* commendari solet, vt conductor per *pactum* diserte *iurisdictioni* nobilis sui locatoris sese *subiiciat*, eiusque forum tanquam competens contra quoscunque adgnoscat, consequenter *mutuo* locatoris et conductoris *consensu* prima instantia determinetur, quo facto ob concurrentem conuentam subiectionem quilibet extraneus adstringitur, hocce rei forum sequi, alibi vero agens exceptione *primæ instantiæ* merito repellitur, vt non diffitetur TORNOVIVS *de feud. Mecklenb. P. II. C. 5. Sect. 2. §. 8.* et STRYK. *de caut. contract. S. II. c. 9. §. 10.* Nec hoc mirum esse poterit, quibus ius agendi aduersus istum conductorem competit, quia ex *legis* dispositione sequi tenentur forum *rei*, vbicunque locorum id demum fuerit *c. 8. X. de foro compet.* vsque adeo, vt in eo *ordinem iudiciorum* quærant

DIOCLETIANVS et MAXIMIANVS *in L.* 2. *C. de iurisd. omn. iud.* quem temere conuellere actori non licet. Esse autem hoc, quod colonus praeuia habitatione et *conuenta* subiectione sibi constituerit verum eius forum, ex eo colligi posse videtur, quod, cum cuilibet modo huc, modo illuc, habitationis gratia *migrare*, immo et domicilium, ex quo quis forum nanciscitur, aliorsum *transferre* liceat, nulla ratio sufficiens, cur non eandem circa forum *eligendum* facultatem habeat, dari possit, electo autem nouo domicilio, nouum forum *tacite* nanciscatur, et conuenta subiectio firmissimum propositum sedem sub *locatore* figendi inferat. Cui non obest regula notissima; quod pacta inter alios inita aliis non *praeiudicent*, nec ciuibus *priuata auctoritate* eximere se a iurisdictione iudicis ordinarii liceat. Nam prior manifeste fallit, quoties ius tertii ab eo, super quo pacisci licuit, et reuera pactum celebratum est, *necessario* dependet *L.* 14. *de transact.* quale quid in praesenti specie contingit, dum leges actorem ad forum rei remittunt, et sic exercitium cuiuscunque actionis a foro rei dependens esse voluerunt. Posterior vero ad eos tantum, qui ratione muneris, vel domicilii certum iudicem agnoscere tenentur, et *durante* illa qualitate, retentoue domicilio, alium quemcunque iudicem *ordinarium* in eadem, vel alia ciuitate sibi eligere gestiunt, pertinet, consequenter ad *colonos* praedia conducta inhabitantes, alibi vero, vti iam supponimus, domicilium nullum habentes, haud trahendum. Cessante enim iudice ordinario deest *legitimus* contradictor, qui de turbata aut violata iurisdictione conqueri posset. Vti vero vim istius pacti ad subsequutam *habitationem* intra districtum locatoris iurisdictione praediti restringo: ita per se fluit 1) effectum conuentionis illius eousque extendi non posse, vt colonus, qui sedem in fundo conducto haud fixit, sed non ob-

stante

ftante conductione *alibi* in vicinia domicilium retinuit, hoc ipso pacto *declinare* iudicem ordinarium liceat, quod absque huius manifesta iniuria et vituperatione fieri vix posset, nec ratio iuris ferret, *priuatos* plus sibi per *pactum* arrogare, quam *leges* arbitrio eorum indulserunt, quod ad solam prorogationem in *singulari* caussa restrictum esse nouimus, reprobata penitus *totali* exemtione. REINKING *de regim. secul. et eccles. L.* I. *Cl.* 2. *c.* 9. STEPHANI *de iurisd. L.* II. *c.* 7. *n.* 165. TREUTLER *Vol.* I. *Disp.* 3. *th.* 7. *lit. e.* 2) pactum, quae tale sine habitatione accedente nec *subiectionem*, nec *forum* in praeiudicium creditorum coloni fundare, adeoque si colonum inter et locatorem initum, et cum habitatione coniunctum fuerit, magis cautelae gratia adiici, et instar solius argumenti esse constituti vere sub iurisdictione locatoris domicilii, a quo forum per se dependet; 3) male a BERGERO *oecon. iur. L.* III. *tit.* V. *§.* 24. *not.* 5. et quotquot cum eo rationem fori in *pacto* tali quaerunt, ad *l.* 18. *D. de iurisd.* prouocari, quae de *prorogatione* per pactum *vtriusque* litigantis, non de conuentione inter reum, et *tertium* quendam, qualis hoc loco est locator, manifeste disponit, et sic a praesenti specie prorsus aliena est.

Quamuis huic pacto nulla prorogatio insit.

§. IX. Potuissem hic argumentum a prorogatione iurisdictionis petere, et talem conuentionem ad speciem *prorogationis* referre, si ex vulgari causidicorum et quorundam ICtorum ore pendere voluissem. Sed consulto ab hoc principio abstrahendum duxi, quum multis modis illa subiectio facta a prorogatione *differat*, nec quidquam aliud cum illa *commune* habeat, praeterquam quod vtrobique *nouo iudici* subesse reus incipiat occasione conuentionis initae, ideoque nomen *prorogationis* non mereatur. Enimuero 1) prorogatio *conuentionalis* solo *consensu*, et sic immediate per conuentionem

constituitur, nullo alio vlterius *facto* accedente: contra pactum locatoris cum conductore initum ad subiectionem indeque pendentem fori constitutionem non sufficit, nisi *habitatio* conductoris accesserit, vt paullo ante monui. 2) Prorogatio tantum intuitu caussae alicuius *singularis* fit, nec extra illam a foro ordinario aliquem retrahit; contra in conuentionali subiectione, de qua in praesenti quaestio est, id agitur, vt conductor in *omnibus* caussis, praeterquam quae circa ipsam conductionem oriuntur *L. un. C. ne quis in sua caussa iudic.* iudicium locatoris adgnoscat, eiusque ordinariae iurisdictioni subiiciatur. Denique 3) prorogatio non a sola *rei* declaratione pendet, nec actorem *inuitum*, vt in eo foro, cui reus vltro se subiecit, actionem moueat, praecise cogit, sed a *mutua* actorem inter et reum inita conuentione dependet LEYSER *Sp. LXXXI. n. 3.* contra in casu proposito nulla cum actore conuentio occurrit, sed ex pacto cum *locatore* inito, concurrente *habitatione*, domicilii forum constituitur, ad quod leges quemcunque remittunt *actorem*, et sic per indirectum, vt ibidem caussam suam in litem deducat, adigunt. Quae omnia satis, vt opinor, prorogationem iurisdictionis a praesenti casu prorsus alienam esse, nec nisi impropríe eidem inesse, euincunt. Satius ergo est abstinere a terminis *aequiuocis*, et plana verborum oratione vti.

§. X. Et hactenus quidem res extra omnem dubitationis aleam posita videtur, quod coloni intra terminos iurisdictionis locatoris sui habitantes, accedente singulari subiectionis *pacto* ibidem forum ordinarium, instantiamque primam sortiantur. Quod si vero illud pactum *non conuentum*, maioribus dubiis, num habitatio forum ipsis conciliet, inuolutum est.

Idem quoque cessante pacto iuris est.

est. Interim quum actionem talem, qualem §. VII. descripsi aduersus colonum moueri supponam, hanc vero leges ad iudicium *domicilii* remittant, forum illud, quod nobili domino vindicaturus sum, aliud esse non potest, quam *domicilii*. Hinc tota litis decisio ex criteriis et requisitis ad constituendum quodcunque *domicilium* necessariis aestimanda, quae si habitationi colonorum conueniunt, prono alueo forum nobilis fundabunt: sin minus, illud potius destruent, et illegitimam esse ad hocce factam prouocationem probabunt. Haec itaque, vt distincte percipiantur, pauca de *indole fori domicilii* praelabor, postea ad quaestionem praesentem illa adplicaturus.

Domicilium constituitur animo et facto.

§. XI. *Domicilium* vbinam quaerendum sit, quibusue mediis constituatur, ex ipsis legibus clarissime patet. Scilicet id quisque habere censetur in eo loco, *in quo larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, vnde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, vndeque cum profectus est, peregrinari videtur l. 7. C. de incolis.* Idemque intellexisse, et descripsisse videtur Imperator, dum senatores ibi respondere actoribus iubet, *vbi larem fouent, aut vbi maiorem partem bonorum possident et adsidue versantur* in *l. 2. C. vbi senat. vel clariss.* a quibus non discrepat conceptus domicilii ab ALFENO subministratus, ibi domum cuique suam esse existimans, *vbi quisque sedes, et tabulas habet, suarumque rerum constitutionem fecisset l. 203. D. de V. S.* Omnes hae notiones in eo conueniunt, quod per forum domicilii intelligatur *locus, in quo quis animo sedem fixam habendi commoratur.* Duo enim velut momenta ad complementum domicilii pertinent. *Primum* est, vt adsidue quis alicubi versetur, vel ordinarie habitet, *alterum*, vt animum non discedendi tantisper, donec aliud auocet, habeat. Verumque *coniunctim* concurrere debet, adeo, vt sicuti sola habitatio ab-

absque permanendi proposito non sufficit: ita *domicilium constituatur re, non sola destinatione l. 20. D. ad municipal.* Nam cum quolibet momento separatim considerato fortissima ratio dubitandi coniuncta est, quae demum coniunctione vtriusque tollitur. Nec inde mirum, veteribus placuisse, *duobus locis aliquem posse habere domicilium, quum vtrobique ita rem familiarem instruxit, vt non adeo minus apud alteros se collocasse videatur, l. 5. l. 6. §. 2. ad municip.* vel vt dicitur in *l. 27. §. 2. ad municip. Si quis instructus sit duobus locis aequaliter, et neque hic, quam illic minus frequenter commoratur.* Adde CARPZ. *cit. l. Resp. XXIV.* vbi nonnullos nobiles quatuor domicilia diuersis locis sibi constituisse secundum haec principia testatur. Quod autem dicitur de animo *perpetuo* ibi habitandi eo non pertinet, ac si animum discedendi prorsus deponere et quasi abiurare debeat. Sic enim vix quisquam domicilium haberet, aut saltim *difficilius* de eo constaret; sed vt *de praesenti*, si non aliud auocet, in aliquo loco assidue commorandi propositum habeat, nec *ad tempus* certum sedem ibidem tantum elegerit. Qui enim hoc facit, satis luculenter destinationem a *domicilio* prorsus alienam declarat, quemadmodum qui *studiorum* vel alius rei *temporariae* caussa habitant, incolis, qui domicilio instructi, accenseri nequeunt. Qua de caussa studiosi in relatione ad verum domicilium *abesse studiorum caussa, l. 28. ex quib. caus. Maj. peregrinari, et amore scientiae exules fieri, Auth. habita C. ne fil. pro patre,* denique *Romae studiorum caussa agentes domicilium ibi non habere* dicuntur. *l. 5. §. 5. de iniur.*

§. XII. Sed vtraque cum habitatio tum animi destinatio in *facto* consistit, et ideo argumentis concludentibus probanda. Et de priori quidem eo facilius constare poterit, quo magis

Vtrumque probandum ex verbis.

magis in *ſenſus* incurrit, nec fallaciis expoſita eſt. Tanto difficilius autem poſterior exquiritur, quandoquidem *interna mentis operationes* non aliter quam *ſigno* quodam *externo* innoteſcunt, quorum non eadem veriſimilitudinis ratio ſemper eſſe ſolet. Eorum quædam eduntur *verbis*, nonnullæ iterum *factis*. Si verba adſunt, et quidem talia, quæ manifeſtam *animi deſtinationem* perpetuo ibi commorandi declarant, de foro domicilii non adeo ambigendum. Licet enim quis aliam mentem, quam verba præ ſe ferunt, fouere, et ſic mendax eſſe poſſit, non tamen *reſeruatio* hæc ipſi patrocinari, alteri vero præiudicari poteſt, quin potius, vt ſecundum verbalem declarationem contra eum interpretatio fiat, pati tenetur, quamcunque demum reſeruationem mentalem allegauerit. Nec præciſe verba *directa* requiruntur, ſed *æquipollentia* ſufficiunt, qualia ſunt, ex quibus quomodocunque et per *indirectum* conſtitutio domicilii colligitur, quorſum ſpeciem, de qua ſupra §. VIII. egi, non immerito refero, cum ſubiectio conductoris per *pactum* adiectum facta *ſeriam animi* deſtinationem alicubi tanquam incola commorandi, ibique domicilium hactenus, et donec aliud quid auocet, conſtituendi inferat. Saltim grauiſſima inde capitur *præſumtio* poſiti ibi domicilii, ſiquidem plenaria et pura ſubiectio *ordinarie* cum domicilio ſolet eſſe coniuncta, et ad effectus, quos producit domicilium, pertinet, ea autem, quæ plerumque fiunt, ordinarie præſumuntur, tamdiu donec euidenter contrarium probatur, et quicunque in effectum conſentit, in cauſſam ipſam eum conſentire oportet. Adhæc ſi alia mens paciſcentis fuiſſet, nec is eo pacto quidquam aliud intendiſſet, quam vt ibidem in ius vocatus ſtare velit, non ſimul conſtituto ſed alibi retento domicilio, id ſine dubio expreſſiſſet, immo de re *illicita* ac arbitrio eius exemta, ob prohibitam exemtionem totalem, pactus

fuiſſet

fuisset. Hæc et similia ipsi reo obstant, cumque inuitum iudici loci tanquam in foro domicilii subiiciunt, quidni ergo creditores cogerent reum, qui id forum *vltro* adgnoscit, ad subiectionem prouocat, hanc vnicam mentem suam fuisse adserit, si quæ actio personalis ipsis nata, ibi conueniendi, et sic domicilium non ex sua, sed rei opinione æstimandi. Vnde nullum *firmius* electi domicilii esse argumentum, quam declarationem *expressam* adserit CARPZ. *L. II. Resp. XXI. n. 15.*

§. XIII. Satis de mentis declaratione verbis suscepta. Sequitur, quæ ex *factis* colligitur, et tacita audit. Differentia, quæ inter hanc et priorem occurrit, circa effectum non hæret: Nam vterque consensus est verus, obligatorius et speciatim in legibus eadem vis tribuitur *tacito consensui*, quæ est *expressi*: sed vnice circa formam *externam*, et vim *concludendi* cernitur. Quis enim constitutionem domicilii facto solo firmatam ad instituendam actionem minus efficacem esse adfirmabit, quam quæ *verbis expressis* fundatur, si talia prostant facta, quæ sua natura, vel ex *communi* hominum vsu et acceptione fidem fixam et *perpetuam* inferunt. Sed hoc est, de quo plerumque iuste ambigitur, quodque domicilium tacite constitutum ordinarie *dubium* reddit, fatente VOETIO *ad D. Tit. de iudic. §. 97.* Nam verba tam *clare* edi possunt, vt circa ea nullum dubium formari possit: Contra facta pleraque ita sunt comparata, vt *captionibus* et *dubiis* exposita domicilium in *ambiguo* collocent; nec vllum eorum tam firmum est, quin *negatio* domicilii cum eo consistere possit. Interim quia in negotiis humanis vix vbique *mathematica* veritas haberi potest, sed sola *verisimilitudo*, quae rarius fallit, et ordinarie aliquid infert, *iudici* sufficere debet; præterea ipsæ leges sæpissime ex factis aliquid æque *firmiter*, ac verbis inferunt, eaque *Vel factis concludentibus*

de caussa ipsa facta, æque ac verba probant, non prorsus desperandum de domicilio *tacite* constituto, nec omnia facta eum in finem protinus et simpliciter reiicienda, quin potius talia pro *concludentibus* habenda, quibuscum *plerumque* et regulariter in vita communi *domicilium* coniunctum esse solet. Legibus positiuis vtrum sint *expresse* probata, nec ne, non adeo refert, dummodo iisdem non *reprobentur*, nec vis concludendi *claudicet*. Interim prostant nonnulla ipsis legibus agnita, quæ hoc ipso ad inferendum *domicilium*, et quod inde necessario dependet *forum*, satis idonea. Talia sunt secundum *l. 7. C. de incol.* si quis *larem*, vbi habitat, *ponit*, *ibique fortunarum summam constituit*. Quid sit larem ponere, exponit ZANGER *de except. c. 1. n. 21.* nec opus est, de eo verba facere, dummodo meminerimus, Romanos laribus ac penatibus *priuatæ deuotionis* gratia vsos fuisse, et sub hoc exercitio *priuata sacra* exercuisse; quemadmodum vero quilibet *DEVM tutelarem* sibi eligere poterat, vt sub vmbra eius cum familia delitesceret; ita paterfamilias *larem* ponebat *figuratum* in intimis ædium penetralibus, eoque facto domicilium certum pro *more* Romanorum *communi* constituisse credebatur. Quid autem *fortunarum summam* constituere significet, clarius exponitur in *L. 2. C. vti senat.* et ad possessionem ac translationem *maioris partis* bonorum refertur, quæ nemini, nisi qui ibi *consistere* gestit, conuenit, et sic denuo factum *commune* electi domicilii est. Vtrumque factum *coniunctim*, an quodlibet *separatim* pro argumento tacite constituti domicilii habuerint legislatores, non adeo expeditum est, cum cit. *l. 7. copulatiue* cit. *l. 2 alternatiue* concepta. Tractat hanc quæstionem MENOCHIVS *de A. I. Q. Cas. 86. n. 19.* AMAYA *ad C. tit. 39. n. 103.* sed verius est *alterutrum* factum sufficere, et solam maioris partis *translationem* eundem effectum habuisse, quem habebat *larium positio*

larium positione.

maioris partis bonorum translatione.

ſtio, quoties bona alibi relicta, *l. 2. cit.* tanto minus vero electum domicilium dubium fuiſſe, ſi pro *more* vtrumque *coniungeretur*, quæ demum eſt ſententia cit. *l. 7.* Gemina his eſt *instructio rei familiaris*, vsque adeo, vt ea *duobus* diuerſis locis emergente, duplex domicilium conſtitui, adſerant ICti in *l. 5. l. 6. §. 2. l. 27. §. 2 ad municipal.* Cum enim, qui mox abiturus eſt, vix et rariſſime, quod ſine *impenſis* fieri nequit, ita ſe inſtruere ſoleat; ex inſtructione actuali ſane fortiſſimum argumentum communiter electi *incolatus* petitur. Prolixius hæc ventilata a MENOCHIO *L. VI. præſ. 42.* MASCARDO *de prob Concl. 535.* STRVVIO *ad tit. de iudic. n. 22. ſeq.*

instructione pleniori rei familiaris.

§. XIV. Magis, quid de *temporis diuturnitate* habitationi accedente ſentiendum, diſputatur. Sane *adſiduæ commorationi* in aliquo loco multum tribuit ICtus in cit. *L. 2.* non tamen eam ſolum pro ſufficiente animi declaratione habet, ſed cum aliis circumſtantiis *coniungit*. Eſt ergo ea præſumtio quædam, ſed non vſque adeo valida, vt ſine aliis *adminiculis* certam animi declarationem inferat. Poſſunt infinitæ circumſtantiæ, quæ *moram* commorantis iuſtificant, ac demonſtrant emergere, ſiue quod *mercaturæ*, ſiue quod *ſtudiorum* cauſſa, ſiue, quod ex *militiæ* aliusue *muneris* neceſſitate per notabile tempus locum inhabitet; poteſt quoque diuturnæ habitationi ineſſe *intentio* ſedem fixam habendi. Ergo *temporis* decurſus ſolus ſemper ambiguus manet. Ais: *cauſſam habitationis*, num ſua natura *temporaria* an *perpetua* ſit, inquirendam, et propter hanc demum contra domicilium pronuntiandum. Sed quid ſi homo, qui nullius officii ratione, aut artificii addiſcendi, vel negotii agendi cauſſa otium alicubi habeat, an ideo, quod cauſſa temporariæ habitationis non innoteſcit, eum animum, ibi *perpetuo* habitandi, fouere crederes, et ad inſtar

Temporis diuturnitate.

præsumtionis iuris pro tali pronuntiares, donec probetur contrarium? Est et manet quæstio præsens semper *dubiis* exposita; nam intentio eius, qui alicubi degit, non obstantibus his *alia* esse potest, et sic decursus temporis *solus* parum concludit pro inferenda destinatione animi; nec vlla *iuris præsumtio* sine *legis* positiuæ adsistentia fingi potest, qua destituimur in hac materia; simplex præsumtio hominis autem, quæ ad summum hic concurrit, tale quid non infert, cui iudex *insistere*, et secundum quod interim contra reum *pronuntiare* posset. COCCEI. *de direct. prob. negat. c. III. §. 8. seq.* Equidem *l. 2. C. de incolis* dissentientibus patrocinari videtur, secundum quam nec ipsi, qui *studiorum* caussa aliquo loco commorantur, domicilium ibi habere creduntur, nisi *decem annis transactis eo loco sedes sibi constituerint*: eaque lex tanto magis concludere videtur, postquam caussam *temporariam* h. e. studiorum rationem supponit, et tamen ex *decennii* decursu domicilium definit, multo magis id admissura, cum caussa temporaria cessante, solus temporis decursus cum habitatione concurrit. Neque negandum, crucem fixisse ICtis hancce dispositionem, vt in *diuersas* abierint sententias, aliis ex silentio decem annorum destinationem animi alicubi commorandi *simpliciter* inferentibus WESENB. *p. 1. Conf. XIII. n. 107.* BRVNNEM. *ad l. cit. 2.* COLER. *de Proc. exec. c. 1. p. 2. n. 32.* COTHM. *Vol. 1. Resp. 21. n. 64.* aliis *contra* statuentibus LYNCKER. *Dec. 772.* aliis ex decennio præsumtionem domicilii inferentibus, si caussa commutationis *alia* non adparet; MEV. *p. V. Dec. 162.* aliis rejecto decennio, spatium temporis ad inferendum domicilium *arbitrio* iudicis relinquentibus STRVV. *ad D. tit. de iudic. § 24.* aliis ius *singulare* studentium in hac lege latere sibi persuadentibus LEYS. *Spec. LXXII. m. 4.* aliis denique ad quoslibet *alios*, adsidue intra tempus definitum subsistentes, id trahentibus AMAYA.

non solo decennio.

cit. n. 108. sed salua res est. Imperator nec priuilegii indulti vllum vestigium nobis reliquit, nec destinationem soli decennio inesse constituit, adeoque nec domicilium tale interim pro vero agnouit, nec in dubio pro eo pronuntiandum iussit, quod natura præsumtionis legalis alioquin desiderat, sed diserte exacto eodem *sedis constitutionem* requisiuit, certo argumento, *temporis lapsum* per se nihil inferre, nisi præter illum argumenta, vnde quis sedem sibi alicubi constituit, emergant, quæ *certa*, saltim valde *probabilia* esse debent LAVTERB. *colleg. pract. Tit. ad municip. §. 11.* MVLLER *ad Struv. cit. l. th. 52. lit.* z. Cadit ergo *priuilegium*, cadit *præsumtio iuris* solo tempore innixa; cadit ergo *domicilium* ex solo decursu temporis collectum, quoties nullæ aliæ *circumstantiæ* sedis constitutioni suffragantur. Rectissime id obseruauit FRANZK. *ad* D. *tit. de iudic. n. 31.* solideque contra vulgarem opinionem DD. sequentem in modum ratiocinatur; *si præterea aliquid faciant, quod facere solent illi, qui domicilium mutare volunt, puta, vxorem ducant, domum emant, familiam constituant, et a tempore, ex quo primum illic venerunt, decennium elapsum animum priorem dereliquisse, et domicilium sibi constituisse, censendi sunt; ita intelligo l. 2. nempe tunc ex lapsu decennii animus præsumitur, et cum facto habitationis coniungitur; sicuti itaque, vbi expressus habitationi accedit, sine dubio domicilium constituit, ita et vbi hic præsumtus vel non obscuris indiciis elicitus est, præsertim cum extra hunc casum animus elicitus sufficere soleat.* Similem vere in modum ratiocinatur BEYER *ad D. tit. de iud. pos. 93. lit.* y.

§. XV. Sed et alia domicilii constituti coniecturæ occurrere possunt, quibus non leuis efficacia inest. Quid enim si *An acquisitione iuris ciuilitatensis?*

si is, qui alicubi habitat, *ius ciuitatis*, vulgo, *das Bürgerrecht*, impetrauerit, eoque ipso non tantum numero ciuium se adscribi passus fuerit, sed iurium ac praerogatiuarum *ciuibus* competentium *summam* consequutus sit? Earum sane non vltima est *forum* ciuibus proprium, quod aliud, quam *domicilii* esse nequit: quid? quod ciuis teneatur *inuitus* magistratui subiectus esse, domiciliumque, etsi alibi commoretur, ibi habere, sine quo ius ciuitatis ordinarie concipi nequit. Ergo, qui tale ius ambit, in id, quod sui officii est, consensisse videtur: vnde hoc argumentum cum habitatione coniunctum omnium *certissimum* esse tradit MASCARD. *de prob. V. I. Concl. 534. n. 3.* CARPZ. *L. II. tit. 2. Resp. 21. n. 17.* Quod etiam verum est, quamuis habitationem *actualem* hic non requirerem, euidenti ratione motus, quod nonnulli plurium *diuersarum* ciuitatum ciues esse, et tamen in *vno loco* licite commorari possint, quibus casibus, cum subiectio ac forum domicilii a iure ciuitatensi separari nequeat, in omnibus locis, in quibus id ius impetrarunt, *per fictionem* iuris etiam habitare censentur. Eoque, qui, domo alicubi comparata, *homagium* praestiterunt, refero, *quippe quod obligationem personalem regulariter inducit, et ciuem constituit, adeoque et domicilium saltim actu primo conciliat*, sunt verba SCHILTERI *Ex. XIII. §. 25.* Non eadem *matrimonii* in loco, vbi quis habitat, contracti est ratio, quamuis id propugnare videatur CARPZ. *cit. loc. n. 18.* quia hoc nullam *necessariam* connexionem cum domicilio habet, et sine hoc perdurare potest, adeoque fallacissimum argumentum constituit, nisi forte maritus contracto matrimonio *domum* ac bona vxoris intrat, rem familiarem ibidem instructam occupat, quod Germani efferre solent: *Wann der Mann zu dem Weibe einfreyet, oder zu ihr einfähret* ZANG. *de except. P. II. c. I. n. 56.* Verum tum non tam matrimonium domicilium con-

an homagio?

an matrimonio?

constituit, sed velut caussa *occasionalis* electi fori considerandum; hoc vero ex *instructione domus*, quae secundum leges supra allegatas argumentum concludens est, et translato per matrimonium vsufructu eius in maritum, denique ab hoc suscepta *actuali* occupatione per *inhabitationem* domus declarata colligitur.

§. XVI. Quae de foro domicilii hucusque proposui, quantum satis, quae sit ratio domicilii *voluntarii*, euincunt. Datur praeterea domicilium *necessarium*, quod inuitus in certis casibus ex legis dispositione adgnoscere tenetur et ideo *forum* ibidem sortitur, ex quo iudici facultas competit, eum cogendi, vt nolens volens coram se quasi ob *domicilium* respondeat, multo magis quemcunque actorem adigendi, vt litem contra illum mouendam *suae cognitioni* ac decisioni committat, et penes se potius, quam alium incompetentem actionem moueat. Tale forum subire *vxorem*, quae per nuptias domicilio mariti subiicitur, et ibi conueniri potest, in vulgus notum est. *L. 65. de iudic. l. f. §. 3. ad municipal. l. 13. C. de dignitat.* Sed idem quoque quoad omnes *forenses* in territorio quodam vel sub alia jurisdictione, licet ad tempus *habitantes*, iuris est, qui tametsi nihil magis, quam animum ibidem permanendi habeant, nec *voluntarium* domicilium sibi constituerunt, tamen potestati iudicis intra cuius terminos delitescunt, *subiiciuntur*, et hoc modo *necessarium* domicilium cum intuitu habitationis, tum intuitu subiectionis tamdiu subeunt, quamdiu ibidem subsistunt. Competit nimirum principi cuicunque in ipsam *terram*, cui praeest, et singulos *homines* in ea existentes supremum imperium, vi cuius pro conseruanda pace publica potest *leges* praescribere, *coercere* delinquentes, *onera* imponere, litigantibus *ius dicere*, et quae sunt eius generis alia.

Datur domicilium necessarium.

lia. Ex his quidquid ipse *immediate* peragere commode potest, peragit, adeoque solus leges fert, onera praecipit omnibus, qui sub eo degunt; quod vero *vnius* hominis vires excedit, per alios agit, et sic constituit per vrbes et tractus *iudices*, qui singulis in suo territorio deprehensis pro modo delicti *poenam* adiiudicant, litesque singulorum praeuia *decisione* finiunt. Quidquid ergo hi praeuia cognitione ac decisione agunt, non *sua*, sed *principis* autoritate perficiunt, eaque proinde eodem iure in singulos districtus eorumque ciues, *incolas*, omnesque ibi contentos fundata est, ac vniuersa et indiuisa obtinet in *totam* terram, et omnes in ea comprehensos. Cum vero dubio procul princeps per *totum* territorium omnes ibi subsistentes coercere, iisque *imperare* possit, etiam quilibet *magistratus*, quatenus principem repraesentat, in districtu sibi concredito iubet, coercet, iuris dicendi potestatem exercet in *ciues, incolas* et alios *quoscunque*, etiam *aduenas* ibidem commorantes tanquam subditos *temporarios* ad adgnoscendum ibi forum obligatos. Posito vero *iure*, ponitur quoque *obligatio* eorum, quamdiu ibi degunt se *sistendi*, primamque instantiam adgnoscendi. Quo ipso magistratus iudices *diuersi* vel eiusdem territorii sibi *aequales* non tantum a districtu sibi concesso *arcet*, sed etiam *superiores*, quorum potestas aeque limitata, et ad certas caussas vel personas restricta est, prohibet, ne sibi immediate subiectos in *prima instantia* euocent, actioni contra eum institutae deferant, sed ipsis cognitionem primam in subditum nolentem volentem relinquant, praeterquam si reus domicilium *voluntarium* alibi habet, quo casu ex iure *aequalitatis* contra reum ad tempus sub suo districtu commorantem nihil iuris sibi *priuatiue* arrogat, nec sub vllo praetextu inuito reo vel actore in praeiudicium iudicis domicilii litis cognitionem sibi *soli* vindicat. Et hoc est, quod vulgo

vulgo dicitur, principem *in ſuo territorio*, iudicem *intra ſuum diſtrictum* contra quemcunque *extraneum* ibi deprehenſum fundatam habere poteſtatem. Qua de re latius egit de COCCEII *cit. diſſ.* Id tantummodo quoad domicilium *voluntarium* et *neceſſarium* intereſt, 1) quod iudici illius *perpetua* iurisdictio in ſubiectos competat, vi cuius etiam *abſentem* citat, et contumacem pro confeſſo declarat, e contra iudici huius tamdiu, *quamdiu* ibi reus *degit*, iurisdictio competat, aduerſus abſentem vero, et aliorſum migrantem nihil prorſus valide et cum effectu decernere queat. 2) Quod licet reus vtrique ſubſit, quilibet actor tamen forum domicilii *voluntarii* tantum, non item *neceſſarium* ſequi *teneatur*, ſed quoties debitor extra ordinarium domicilium deliteſcit, *electionem* habeat, vtrum apud iudicem *voluntarii* domicilii litem mouere, et abſentem euocare, an ſine ambagibus contra eum alibi *commorantem* tanquam in foro domicilii *neceſſarii* litem mouere velit. *differt a voluntario.*

§. XVII. Hæc omnino paullo latius præmittenda fuerunt, vt eo rectius de præſenti diſſertationis themate, quod vnice ex principiis *conſtituti domicilii* dependet, nec alio quopiam argumento nititur, iudicium ferri poſſit. Aut enim conductor domicilium in fundo nobili habet, aut non; ſi illud, nec is forum *nobilis* declinare, nec quisquam eum iſto per actionem alibi motam defraudare poteſt: ſi hoc, omnis contentio de iure et obligatione actionem aduerſus eum coram *nobili* patrimoniali iurisdictione gaudente mouenda otioſa eſt, ſed actio perſonalis, de qua hic quæritur, in eo loco inſtituenda, in quo *originem* vel *domum* inſtructam habet, vel *priuilegio* fori nititur. Vtrum ergo et quatenus *conductores* domicilium in prædiis conductis habeant, non melius, quam *An conductione prædiorum*

ex indole domicilii hactenus expofita cum *conditione* conductionis collata cognofci poteft, præfertim quum hic cafus in *legibus* nominatim non fit decifus, et fic vnice, vti in aliis caufis, ex *analogia* et ratione legum noftrarum, inprimis earum, quæ de *fundando foro* difponunt, decifionem exfpectare debeat. Et principio quidem ex notione *conductionis* in genere nihil peti poteft, quod domicilio voluntario conuenit, præterquam, quod vtroque cafu, fi de *aedificiis* conductis quæftio eft, actualis *habitatio* concurrat. Quemadmodum vero deftinatio alicubi fubfiftendi ad *effentiam* domicilii *voluntarii* præter habitationem pertinet, illa autem per fe conductioni non ineft; immo potius hæc ordinarie *temporaria*, et fic tali deftinationi contraria eft: non difficile erit concludere, prætextum domicilii *voluntarii* pro fundanda iurisdictione nobilis locatoris ordinarie inanem effe. Verum, quid fi conductor ad *longius tempus* contraxerit? quid fi conductionem fæpius *renouauerit*, et fic *diu* non tantum habitauerit in fundo conducto, verum etiam *animum* difcedendi nullo idoneo figno ediderit? quid fi *alibi* nec domicilium, nec rem familiarem inftructam habeat, contra in fundo conducto abundet mancipiis, ad cultum cuftodiamque villæ, pecoribus, et aliis rebus ad inftructionem domus neceffariis, maximam partem bonorum ibi collocauerit, et pro faciendo quæftu impenderit? nonne eum *fortunarum fedem* fub iurisdictione locatoris conftituiffe, recte dicitur? nonne firmum propofitum *diutius*, ac nifi aliud quid auocet, ibidem permanendi, inde verofimillime colligitur? Ego fane hoc adfirmare nullus dubito, euidenti ratione motus, quod quem mox *difceffurum* effe conftat, nec *diu* fubfiftere, nec ad *longius* tempus contrahere, nec in vno loco *notabiliorem* partem patrimonii in rem aliquam vertere foleat. Vbi autem talia concurrunt, ibi locus domicilii conftitutus tamdiu cenfetur, do-

nec

nec probetur contrarium, et vbi *domicilium*, ibi *forum* competens, et *prima instantia* quaerenda. Denique vbi de hac constat, ibi cum *reus* dicto modo habitans litem, sibi ex iure ad rem motam, renuente actore, sed adnuente legis dispositione huc trahere, tum *dominus* iurisdictionis ius sibi quaesitum litem dirigendi licite ac iure defendere potest. Idem ergo *conductori* conuento integrum erit, nec quisquis se pro creditore eius gerit, vllo sub colore concurrentibus his circumstantiis nobilem iurisdictione sua vel conductorem beneficio *primae instantiae* defraudare poterit. Ex quo adparet, esse hanc quaestionem ex earum numero, quae nec temere negari, nec simpliciter adfirmari possunt, sed vnice ex *circumstantiis* dependent, quarum minima, vt in vniuersum in aliis iuris articulis, ita in doctrina de foro rem variat, et sic variam iuris decisionem desiderat. Eoque, ni fallor, in effectu sententia nostratium tendit, quando doctrinam de foro domicilii *certa* lege definiri non posse adserunt, et iusto *iudicis arbitrio* subiiciunt. *Doctrina de domicilio*, ait LEYSERVS *Med. LXXII. n. 1. tot dubiis est obnoxia, tot legibus inuicem pugnantibus inuoluta, vt, qui certis eam regulis comprehendere tentant interpretes, frustra laborent fere, aut tamen infinitas exceptiones atque limitationes admittere cogantur.* Hinc necesse putat, *vt iudici amplior potestas rem totam arbitrandi, et ex loco, personarum conditione, et ceteris, quae circumstant, aestimandi concedatur.* Qua in re consentientes habet MENOCHIVM *de A. I. Q. cas. LXXXVI. n. 16.* LAVTERBACHIVM *de domicilio C. III. n. 3. seq.* VOETIVM *ad D. tit. de iudic. §. 97.*

§. XVIII. Maior adhuc ratio pro tuenda prima hac colonorum instantia ex principiis *necessarii* domicilii peti potest. Nam secundum haec colonum *intra districtum* nobilis habitare sufficit

Colonus vbi habitat necessarium domicilium consequitur.

ſufficit ad hunc effectum, vt forum ibi ſortiatur, et iurisdictioni nobilis ſubiiciatur. Sicuti autem iudex domicilii *voluntarii* fundatam cauſſam habet *intercedendi*, ac impediendi, ne cauſſæ ad ſuum iudicium pertinentes ad curias ſuperiores trahantur, ita idem iudici domicilii *neceſſarii* merito indulgendum. Et quoties vtriusque domicilii rationes in iudice *concurrunt*, tanto magis contradictio eius firmabitur. Concurrit vero *plerumque* vtrumque domicilium in perſona coloni, qui prædia ruſtica ſub nobili conduxit, ergo ordinarie coram eo actio contra hunc mouenda. Dudum enim profligata eſt ſententia, iurisdictionem nobilium patrimonialem ad ſolos ruſticos eſſe reſtringendam. HEINECCIVS *de dom. ſubdit. ſuos in ſuo for. conuen.* §. 16. ENGELBR. *de iur. ordin. equeſtr. in Pomerania* §. 7. *lit. c.*

Conſenſus Meuii.

§. XIX. His rationibus moti ICtorum recentiorum nonnulli cauſſam locatorum acriter propugnarunt, et de præſenti quæſtione in terminis diſputarunt. Diſtincte eam ſub examen vocauit MEVIVS *P. IV. Dec. 246.* qui poſtquam in iis, quæ contractum locationis et conductionis concernunt, conductorem non ſubiici locatori præmiſerat, in fine tandem addit: *extra ea vero, quæ contractus ſunt, in conductorem idiuris locatori ex iurisdictione eſt, quod in alium quemuis iudici licet. Ideo, quomodo in eius prædio alii extranei ei non ſubiecti forum ſortirentur, et quod huius virtute in alias liberas perſonas valet, hoc etiam in conductorem ipſi denegandum haud erit.*

Leyſeri.

Eandem ſententiam propugnauit nouiſſime LEYSERVS *med. ad D. Spec. CCXVI. med. 4.* et iisdem cum Meuio rationibus inceſſit: *Nam ſi locator*, inquit, *vt ſæpe fit, iurisdictionem ſibi in contractu locationis reſeruauit, non video, quomodo conductor eidem*

dem

dem se eximere queat; Habet tunc certe locator idem ius, quod in ceteros incolas eiusdem praedii.

§. XX. Non diffiteor tamen superesse dubia, rationesque in contrarium, quibus ICti nonnulli, immo plerique in *negatiuam* sententiam se trahi patiuntur, ac indefinite contra domicilium ex *conductione* inductum pugnant. Nominatim CARPZOVIVS *P. III. C. 12. d. 18. n. 4.* BRVNNEM. *ad l. 1. ad municipal. n. 4.* BERG. *Oecon. iur. p. 690. n 5.* conductorem *ciuem* eius loci, in quo conduxit, vel *incolam* fieri negant, hoc ipso vero *domicilium* cum iuribus inde pendentibus ibidem non admittunt. Clarius mentem suam CARPZOVIVS exposuit *L. II. Resp. XXII. n. 3.* vbi de *domo conducta* agit, idque negotium ad constituendum domicilium insufficiens esse tradit, *quod ex sola bonorum possessione domicilium nec probetur, nec constituatur, sed ex animo et voluntate ibi permanendi; talis vero ex sola habitatione non recte colligatur, et sic male ad conductorem adplicetur.* Iisdem principiis innutritus TORNOVIVS *de feud. Mecklenburg. P. II. c. 5. §. 8.* qui in specie de praesenti quaestione et *fori competentia* conductorum agens, hos iurisdictioni loci, in quo conduxerunt, subesse negat, quod omnis conductio *ad tempus* fiat, et per se animum ibi permanendi non inuoluat, quo posito sequi videtur, vt omnes actiones contra hos ad aliud iudicium relegandae sint, quod aliud quam immediate *superius*, hoc est, Cancellaria vel Regimen esse nequit, siquidem omnes, qui iudicio inferiori non parent, nec ciues sunt, nec alibi indubiam sedem fixerunt, ibidem forum sortiri soleant. Ex eadem haeresi est STRYKIVS *de caut. contr. S. II. c. 9. §. 10* quippe, qui in casu *reseruatae* a locatore nobili *iurisdictionis* tantum forum in *conductorem* fundatum esse existimat; consequenter *extra reseruationem* non potest non,

Respondetur ad argumentum a negotio temporario desumtum.

sufficit ad hunc effectum, vt forum ibi sortiatur, et iurisdictioni nobilis subiiciatur. Sicuti autem iudex domicilii *voluntarii* fundatam caussam habet *intercedendi*, ac impediendi, ne caussae ad suum iudicium pertinentes ad curias superiores trahantur, ita idem iudici domicilii *necessarii* merito indulgendum. Et quoties vtriusque domicilii rationes in iudice *concurrunt*, tanto magis contradictio eius firmabitur. Concurrit vero *plerumque* vtrumque domicilium in persona coloni, qui praedia rustica sub nobili conduxit, ergo ordinarie coram eo actio contra hunc mouenda. Dudum enim profligata est sententia, iurisdictionem nobilium patrimonialem ad solos rusticos esse restringendam. HEINECCIVS *de dom. subdit. suos in suo for. conuen.* §. 16. ENGELBR. *de iur. ordin. equestr. in Pomerania* §. 7. *lit. c.*

Consensus Mevii.

§. XIX. His rationibus moti ICtorum recentiorum nonnulli caussam locatorum acriter propugnarunt, et de praesenti quaestione in terminis disputarunt. Distincte eam sub examen vocauit MEVIVS *P. IV. Dec. 246.* qui postquam in iis, quae contractum locationis et conductionis concernunt, conductorem non subiici locatori praemiserat, in fine tandem addit: *extra ea vero, quae contractus sunt, in conductorem idiuris locatori ex iurisdictione est, quod in alium quemuis iudici licet. Ideo, quomodo in eius praedio alii extranei ei non subiecti forum sortirentur, et quod huius virtute in alias liberas personas valet, hoc etiam in conductorem ipsi denegandum haud erit.*

Leyseri.

Eandem sententiam propugnauit nouissime LEYSERVS *med. ad D. Spec. CCXVI. med. 4.* et iisdem cum Mevio rationibus incessit: *Nam si locator, inquit, vt saepe fit, iurisdictionem sibi in contractu locationis reseruauit, non video, quomodo conductor eidem*

dem se eximere queat; Habet tunc certe locator idem ius, quod in ceteros incolas eiusdem prædii.

§. XX. Non diffiteor tamen superesse dubia, rationesque in contrarium, quibus ICti nonnulli, immo plerique in *negatiuam* sententiam se trahi patiuntur, ac indefinite contra domicilium ex *conductione* inductum pugnant. Nominatim CARPZOVIVS *P. III. C. 12. d. 18. n. 4.* BRVNNEM. *ad l. 1. ad municipal. n. 4.* BERG. *Oecon. iur. p. 690. n 5.* conductorem *ciuem* eius loci, in quo conduxit, vel *incolam* fieri negant, hoc ipso vero *domicilium* cum iuribus inde pendentibus ibidem non admittunt. Clarius mentem suam CARPZOVIVS exposuit *L. II. Resp. XXII. n. 3.* vbi de *domo conducta* agit, idque negotium ad constituendum domicilium insufficiens esse tradit, *quod ex sola bonorum possessione domicilium nec probetur, nec constituatur, sed ex animo et voluntate ibi permanendi; talis vero ex sola habitatione non recte colligatur, et sic male ad conductorem adplicetur.* Iisdem principiis innutritus TORNOVIVS *de feud. Mecklenburg. P. II. c. 5. §. 8.* qui in specie de præsenti quæstione et *fori competentia* conductorum agens, hos iurisdictioni loci, in quo conduxerunt, subesse negat, quod omnis conductio *ad tempus* fiat, et per se animum ibi permanendi non inuoluat, quo posito sequi videtur, vt omnes actiones contra hos ad aliud iudicium relegandæ sint, quod aliud quam immediate *superius*, hoc est, Cancellaria vel Regimen esse nequit, siquidem omnes, qui iudicio inferiori non parent, nec ciues sunt, nec alibi indubiam sedem fixerunt, ibidem forum sortiri soleant. Ex eadem hæresi est STRYKIVS *de caut. contr. S. II. c. 9. §. 10* quippe, qui in casu *reseruatæ* a locatore nobili *iurisdictionis* tantum forum in *conductorem* fundatum esse existimat; consequenter *extra reseruationem* non potest non,

Respondetur ad argumentum a negotio temporario desumtum.

 pro-

pro incompetente habere, maxime, quum *ſpecialem* reſeruationem in perſonam conductoris *expreſſe* fieri debere, *generalem* vero ad ſolos *ruſticos* in dubio pertinere exiſtimet. Ego vero non moror iſthoc ratiocinium, quo conductoribus ac locatoribus iurisdictione ordinaria praeditis, maxima *iniuria* infertur, et beneficium *primae inſtantiae* tot legibus firmatum ſine ratione ſufficiente infringitur. Saltim rationes, tametſi in *theſi* admitti poſſint, euidenter in *hypotheſi* particulares ſunt, nec ad omnes omnino conductores quadrant, ideoque iurisdictionem inferiorem ſecundum principia *voluntarii* domicilii non ſimpliciter excludunt. Si conductio ad *breue* tempus contracta, adeo vt eo lapſo, nulla *probabilis* ratio, quod ibi diutius ſint permanſuri, adpareat, facilius colorem habebit ea doctrina, quamuis et iſtum diluant principia *§. anteced.* propoſita, praeſertim ſi reus forum iſtud ſuperius ipſe declinat et dominus iurisdictionalis proteſtatur, conductoremque ſuae poteſtatis eſſe praetendit. Si autem ad *longius* tempus contracta locatio, et circumſtantiae §. XVII. expoſitae concurrunt, nihil eſt, quod ita ſentientibus ſuffragari poſſet, quandoquidem ſecundum rationes praemiſſas ita *qualificata* conductorum habitatio omnino ad voluntarium domicilium, et ſic forum *primum* fundandum ſufficit. Ipſe CARPZOVIVS *cit. l. 2. n. 10. ſeq.* id diffiteri non potuit, qui, poſtquam argumentum a *praefectis* traxerat, iisque domicilium in loco habitationis negauerat, tandem limitationem addit, *niſi firmiores coniecturae in contrarium ſint*, quae, vt antea oſtendi, ab adſidua commoratione, contractus renouatione, inſtructione rei familiaris ſimilibusque petuntur. His caſibus adgnoſcit domicilium *conductorum* in fundo *conducto;* ergo et iuſtitiam *primi* fori ibidem agnoſcere debuit, vt ſiue velint, ſiue nolint, ibidem actione compelli debeant, nec quidquam *temporarium*, quod conductioni ineſt, negotium, rem alterare poſſit, quippe

pe quod cum domicilii constitutione nullam *necessariam* connexionem habet, multo minus intentionem ibi permanendi excludit. Vtrumque *simul* subsistere et ciuis vel incola aeque ad tempus contrahere potest, nec ideo tamen ciuis esse desinit. Est vtique aliqua *praesumtio*, quae ex habitatione *temporaria* colligitur, sed ea ex contrariis praesumtionibus a *diuturnitate temporis* et plena domus *instructione* petitis prorsus eliditur, sufficitque, etiam conductores tales hactenus, et *donec aliud quid auocet*, in fundo conducto subsistere, quod ad constitutionem domicilii tantum requirit *l. 7. C. de incol.* Et cum omne domicilium mutari et tempore finiri possit, eoque sua natura temporarium sit, vt fatetur FAB. *in C. l. IX. tit. 30. def. 10. n. 1.* PEREZ *in C. tit. de incol. n 8.* quid, quaeso! caussae est, cur conductoribus contractus *temporarius* fraudi esse, iisque domicilium habitationis adimere possit? Ais: tempus conductionis ab initio esse *certum*, ac numero definitum, dum conductores ad *tres*, *sex*, vel *plures* annos contrahunt: Contra tempus futurae mutationis domicilii verorum ciuium *incertum*, ac cum intentione perpetua ab *initio* coniunctum, et hoc modo rationem *diuersitatis* esse maximam. Verum cum ab intentione *temporaria* contrahendi, ad intentionem lapso tempore *discedendi* non valeat consequentia, maxime, si contrarium ex coniecturis firmioribus recte colligitur: adparet, qualitatem contractus *temporarii* pro ratione decidendi sine vllo fundamento a dissentientibus allegari, et ex hoc perperam forum primum *conductorum* eorumque domicilium negari. Denique cui haec non sufficiunt, is ea, quae de *necessario* domicilio conductorum praemisi, in mentem quaeso! reuocet, quibus perpensis fatebitur, nequidem opus esse, vt, quod in antecedentibus κατ᾽ ἄνθρωπον factum, iurisdictio locatorum ex solis principiis *voluntarii* domicilii propugnetur, adeoque dubia ex iis petita, the-

sin

sin præsentem non ferire. Denique quod STRYKIVM scripsisse asserui, ex *falsa* hypothesi factum de restrictione iurisdictionis patrimonialis ad solos *rusticos*, quam supra iam reieci.

Item cessante obligatione conductoris ad gabellam emigrationis.

§. XXI. Succedit alia ab oneribus *emigrantium* desumta dubitandi ratio. Constat enim circa quæstionem de *Gabellæ emigrationis* præstatione, plerosque in ea sententia esse, vt conductores ab ea immunes pronuntient, hac sola ex ratione, quod *habitatio* conductoris domicilium non constituat, *detractus* vero, et *Gabellæ* præstationes tantum ad discessum *ciuium* vel *incolarum*, qui *domicilium* constituerunt, restringi debeant. WERNH. *P. IV. Obs. 24.* MEV. *P. VII. Dec. 365.* THOMAS, *de iur. detract. th. 38.* Quod si verum est ab effectu ad caussam concludi posse, et admisso vno alicuius rei effectu, alter indubius esse videtur. Vtraque enim a *domicilio* pendere dicitur, præstatio nimirum *Gabellæ* et competentia *fori.* Sed vti quæstionem de *Gabella* iam in dubium vocauit de COCCEI. *cit. l. tit. vlt. §. 10.* eamque de iis bonis fieri posse defendit, quæ in loco domicilii fuerunt, vel ad *tempus* saltem alicubi detenta: ita ad petitionem principii pertinet: vtrum iactata conductorum immunitas a gabella, solida ratione nitatur, quam etiam iustis rationibus impugnauit LEYSER *Sp. CCXVI. n. 5. 6.* Errant enim, qui censum emigrationis *ciuibus* tantum imponunt, et ex domicilio *voluntario* vnice æstimant, adeoque non mirum ex falsa ratione falsam conclusionem esse ortam. Emigrationis gabella solis *moribus* debetur, in compensationem, si coniicere in re obscura licet, *acquæstus* patrimonii, eiusque præstitæ hucusque *securitatis* penditur, quia æquum est, vt ex eo, quod quis alicubi *adquisiuit*, quoque quiete ac secure fruitus est, partem relinquat, quemadmodum ex eadem iustitia pleraque alia onera pro exercitio commercii licite exiguntur, qua ratione fundamentum principale iuris detractus in *translatione*

latione bonorum *extra districtum* positi in T I. P. II. *Const XXXII. n. 16.* Quod si ad *conductores* adplicatur circa quæstionem de Gabella, videndum, vtrum intra tempus conductionis in loco, vnde discedunt, quid *adquisiuerint*, nec ne? illo casu ad *censum* solitum ex præmissis vtique sunt obligati, hoc vero ab eodem prorsus liberandi. Patet ergo obligationem ad gabellam prorsus a domicilio *voluntario* non pendere, sed posito, quod conductor domicilium in fundo conducto non habeat, eam nihilominus in compensationem ac *quæstus* et tutelæ publicæ stringere, consequenter, ab illius falso asserta immunitate ad exclusionem fori argumentum trahi non posse. Sed fac gabellam emigrationis a domicilio *voluntario* pendere, nonne hoc conductioni cohæret, si circumstantiæ §. XVII. concurrunt; ergo saltim *hoc casu* gabellam præstabunt conductores, et ex paritate rationis foro eidem suberunt, contra eo solo casu liberabuntur, quo *omnes* domicilii constituti *coniecturæ* prorsus cessant. Falsa itaque ad minimum *generalis* ac indefinita traditio, conductores ob defectum domicilii gabellam non soluere, sed si vera, *conditionate* capienda est; si domicilium expresse ex coniecturis prorsus non adparet, eodem modo, quo supra conductorem forum domicilii voluntarii non sortiri diximus, quoties ex *certis* atque *indubiis* signis de discessu post conductionem finitam constat.

§. XXII. His non multo dissimilia sunt, quæ de *successione* in bona conductoris tradunt interpretes. Palam est, et legibus comprobatum, omnem omnino successionem in *immobilibus* ex legibus rerum *sitarum*, in *mobilibus*, quæ personam sequuntur, ex legibus vltimi defuncti *domicilii* æstimari. STRYK. *de success. ab intest. Diss. I. c. IV. §. 2.* CARPZ. *lib V. R. 38.* Id dum adplicant ad conductores pendente conductione morientes ad vnum omnes in eorum *successione* statuta eius loci, vbi *Denique accessante successione secundum leges loci vbi conductio suscepta.*

 con-

conduxerunt pro norma habenda esse negant, quasi ibidem nullum eorum *domicilium* sit, et sic ratio successionis deficiat. LYNCK. *dec. DCCLXXXII.* CARPZ. *P. III. c. 12. def. 18.* Quo iure ergo heredes eorum a *successione* secundum statuta illius loci arcent, eodem iure ipsum conductorem a *foro* ob defectum domicilii excludere poterunt. Fateor hoc argumentum: *quicquid iuris est in successione, id quoque in quæstione de fori competentia obtinere debet*, fallax esse, et facillime aliquem decipere posse, vt in diuersam abeat sententiam. Sed salua res, et denuo petitio principii est; hereditatem conductoris legibus loci, vbi quis conduxit, *prorsus* non subiacere. Etiam hic circumstantiæ probe sunt examinandæ, et sollicite inquirendum, an non defunctus *adsidue* ibi versatus fuerit, maximam partem bonorum ibi collocauerit, fortunarumque sedem constituerit, quibus casibus omnino pro eius domicilio pronunciandum, et successio secundum leges eius loci æstimanda. Si autem hoc, de *foro* conductoris tunc non dubitandum, propositio vero generalis antea adlata pro vitiosa habenda, nec aliter admittenda, quam si omnes domicilium erigendi *coniecturæ* deficiunt.

In Megapoli ob leges prouinciales coloni nobilibus locatoribus subsunt.

§. XXIII. Hæc sunt principia, quibus secundum ius nostrum *commune* forum conductoris primum in loco conducto defendi potest, eaque tuto adplicari possunt, siue magistratus loci, siue præfectus principis, siue nobilis ibidem iuris dicendi potestatem habeat. Omnis enim iudex fundatam in *subiectos* habet potestatem *intra districtum*, et sic non tantum ciues aliud quodcunque forum iuste declinare, verum iudices ipsi *interueniendo* exceptionem fori incompetentis pro tuenda sua iurisdictione sustinere possunt. Sæpius hac de re in Megapoli litem motam fuisse memini, quoties conductores prædiorum nobilium creditoribus suis ex iure ad rem obnoxii ad

curias

curias *ſuperiores* ab his euocati, iurisdictionem *nobilis* ſeu locatoris ſui in partes vocarunt, et quoscunque actores ad ibidem litigandum coegerunt. Qua in re quum ſecundum momenta iam expoſita iuſtitia ſumma pro iis militet: ita multo maiores rationes ex legibus *Megapolitanis* pro tuenda nobilium iurisdictione proferri poſſunt. Enimuero quæ inde a duobus ſeculis in Megapoli ſuperſunt conſtitutiones *prouinciales*, et alia monumenta, ſicuti *primæ* cuiusque *inſtantiæ* generatim, ita ſpeciatim *iudiciis nobilium* tam plene proſpexerunt, vt contra curiarum ſuperiorum molimina in quibuscunque turbationibus iurisdictionis ſe ſufficienter defendere poſſint. De *colonorum* foro quidem diſerte leges nihil memorant, diſponunt tamen plura, quorum *ratio* manifeſte ad colonorum primam inſtantiam quadrat, quod etiam mouit KOEHLERVM vt iurisdictionem in colonos inter *prærogatiuas nobilitatis Megapolitanæ* retulerit in *Diſſ. de iurib. et priuileg. Nobilitat. Mecklenb. §. 23. n. 17.* Ex antiquiſſimis temporibus *ordinationem iudicii aulici de an. 1570.* adlegaſſe ſufficit, quæ in ſpecie turbationibus iudiciorum inferiorum et ſuperiorum obicem ponere tentauit, ſimulque *cauſſas* ac *perſonas*, intuitu quarum iudicia inferiora fundatam habent iurisdictionem, ſat clare indicauit. Verba, Tit: *was für Sachen für unſer Hoff-Gericht gehören* p. 29. 30. ita ſe habent: *Als wir denn gern ſehen, daſs einem ieden Gerichte und Gerichts Herrn ſeine gebührliche* Iurisdiction *Ober und Gerechtigkeit unverrücket und unverletzet bleibe, und allerley Unordnung der Gerichte vermieden werden; Setzen, ordnen, und wollen wir, daſs ein ieder, ſo den andern mit perſönlicher Klag, oder auch um liegende Güther zu beſprechen und anzufodern vermeinet, denſelben erſtlich an unſern* Untergerichten, *da der Beklagte ſeiner* Behauſung, *oder liegende Güther, oder* ander Urſachen *halben* Dingpflichtig *fürnehmen, beklagen, und*

feriori fiat, sollicite huic prospexit, et quantam curam pro conseruanda *prima* apud inferiorem *instantia* habuerit, exponit eiusdem *Ordinationis Iudicii aulici Tit.* Vom Klage und wie *citation* auszubringen pag. 34. *Und so iemand einem, der unsern Gerichte ohne Mittel nicht unterworffen, citiren lassen wollte, der soll zuvor vor gemeldetem unsern Gericht eydlich erhalten, oder genugsam darthun, dass ihm durch unsern Amtmann oder Richter, unter dem derselbe, den er citiren lassen will, gesessen, Recht geweigert, oder gefährlich verzogen. So aber derselbe meineydig befunden, soll er am Leibe gestraffet werden.*

§. XXIV. Quae postea *Ao. 1622.* prodiit *reuisa iudicii aulici ordinatio* specialiores ad fundandum primum forum caussas quidem non recenset, generatim tamen hoc intuitu subiectorum ordinariorum firmat *Part. 2. tit. 1. §. 2. p. 81. Und erstlich soll allewege der Kläger so einen andern zu besprechen hat, es sey, warum es wolle, solches dem Richter, darunter der Beklagte dingpflichtig, anzeigen und bitten, dass der Beklagte möge citiret und gefordert werden, welches vom Richter auch förderlichs befohlen, und ins Werk gesetzet werden soll.* Immo promiscuam *euocationem* ad curiam prouincialem extra casum *adpellationis*, denegatae iustitiae, vel suspecti iudicii inferioris sollicite prohibet, *Part. 2. tit. 3. §. 1. p. 88. Wann bey den ersten Instantien dermassen, wie im vorhergehenden ersten Titul gesetzt, richtig und verantwortlich verfahren wird, wollen wir die dahin gehörige Sachen für unser Hofgerichte nicht ziehen, noch daselbst annehmen, es sey denn, dass dieselbe durch Appellation dahin erwachsen, sollte aber darinn Mangel befunden, und dass das Untergerichte unrechtmässig* procediret, *oder iusti-*

Quod variis legibus recentioribus illustratur.

iustitiam protrahiret *oder denegiret hätte, oder aus kundlichen Ursachen verdächtig, und an den Sachen interessiret, geklaget und bescheiniget werden, so wollen wir uns der rechtlichen auocation oder anderer Mittel zu gebrauchen wissen.* Tandem *exemtas* personas coram iudiciis *prouincialibus* in prima instantia conueniendas totidem verbis ac in praecedenti ordinatione factum specifice recenset *Part. 2. Tit. 3. §. 3. pag. 89.* Inde obseruo 1) legislatores *primam instantiam* generatim sartam tectamque seruare voluisse, eoque ipso cum iudici, tum subiectis ius se contra turbationes iudicum superiorum defendendi, indulsisse: 2) ad iudicium inferius *die dingpflichtige* remisisse, quam locationem ad omnes intra districtum iudicii *commorantes* pertinere antea ostendi: 3) curias *prouinciales* distinctas ab illis esse, suisque *propriis* cancellis constringere voluisse, adeoque 4) ne, qui iudicium aliquod *inferius* adgnoscit, simul in prima instantia in curia stare teneatur, prouidisse: 5) secundam instantiam a prima sedulo *distinxisse*, et ne qui illam in curia adgnoscere tenetur, simul hanc subire debeat, sanxisse, denique 6) certas caussas atque personas nominatim expositas curiis *prouincialibus* priuatiue in *prima instantia* subiecisse, eoque ipso *regulam* in caussis, et personis nominatim non exceptis adprobasse. Quemadmodum vero regulae in dubio standum; sub hac autem subiectio *colonorum* iurisdictioni eius loci, in quo hi degunt secundum hactenus tradita comprehenditur; contra eos sub personis *exemtis* comprehendi, nullo nec verbo legis, nullaque ratione idonea colligi possit: non potest non sequi, *colonos* sub iurisdictione *nobilis* locatoris degentes ex manifesta legum Meklenburgicarum dispositione ei subesse, et ibidem in *prima instantia* conueniendos esse. Obiter obseruo, dictam ordinationem, quoad hunc passum verbotenus *ordinationi Cancellariae de ao. 1669. Part. 2. tit. 1. §. 2. pag.* 43.

43. Part. 2. tit. 3. §. 1. pag. 47. et Part. 2. tit. 3. §. 3. pag. 48. insertam, et sic denuo confirmatam esse, denique per *ordinationem politicam de ao. 1572. de dato 2. Iulii Tit. von Gerichten in geistlichen und weltlichen Sachen §. 2. pag. 64.* ius prouinciale eousque stabiliri, vt ne quidem per *arrestum* quis constringi possit coram alio, quam ordinario iudice respondere, sed primæ instantiæ cuiusque sua *prærogatiua* et priuatiua cognitio relinquenda sit. *Wo aber einer den andern um Sachen anklagte, welcher der Beklagte nicht geständig, oder aber die irrig und zweifelhaft wären, alsdenn soll der Antworter solcher ungewisser Ansprache halben an fremden Oortern nicht bekümmert oder arrestiret, sondern die Sache soll für des Beklagten ordentlichen Richter vermöge unser Landgerichts-Ordnung ausgeführet und erörtet werden.* Quod ipsum, fallor, aut fortissimum argumentum est, legislatores magis caussam *inferiorum* quam *superiorum* iudicum egisse, et hoc ipso implicite voluisse, vt in dubio pro illis, et contra hos pronuntiandum sit. Quod si verum est, etiam *euocatio* colonorum sub prætextu temporariæ præsentiæ extra fines habitationis a curiis prouincialibus facta in Megapoli reprobanda, et iudici loci siue sit magistratus ciuitatis, siue nobilis, tamdiu primum forum vindicandum erit, donec *conductionem* aliquem eximere a foro ordinario, probatum fuerit a iudiciis superioribus. Saltim *regula* iis obstat, *præsumtio* ex lege contra illos pugnat, qui autem *exceptionem* vrget, cuiue præsumtio iuris obstat, euidenter contrarium probare tenetur, quod secundum præmissa prorsus fieri nequit.

§. XXV. Transeo ad fortissimum omnium pro defendenda hac thesi argumentum, quod *Resolutio ad Gravam. 9. in additum Class. 6.* hac in re subministrat, et quæstionem præsentem *Decisio ex iure nouissimo petita.*

tem

tem in fauorem iurisdictionis *nobilibus* in Megapoli compe-
tentis extra omnem dubium collocat; Ita autem disposuere
legislatores: *Erklären sich Ihro Durchl. gnädigst, dass Sie E. E.
Ritter und Landschaft bey der Ihnen* cum feudo *und übrigen
Güthern verliehenen* iurisdiction *und deren* instanz *durch die
Beambte, oder andere beeinträchtigen zu lassen, nicht gemeinet.
solcher gestalt Ihro Fürstl. Durchl. einem iedweden seine* iurisdi-
ction, um die Sache zuerst, *daferne er anders selbst dabey nicht
interessiret*, wieder die unter seiner iurisdiction befindlich zu
verhören, *und zu entscheiden, gnädigst lassen. Vorhero aber
die* cognition *für die* Iustiz-*Canzeley, Land- und Hofgerichte
und* Consistorio (*es mügten denn* simpliciter Consistorialia, *oder
solche Sachen seyn, welche* quoad primam instantiam *ans* Con-
sistorium, *und ietztgedachte hohe Gerichte gehören,*) *zu ziehen
nicht verstatten wollen.* Circa hanc resolutionem obseruo, eam
diu 1685. coram *commissione Cæsarea* a Serenissimis tunc regnan-
tibus indultam, sed postea demum recessui FRIDERICVM WIL-
HELMVM Ducem Megapolitanum inter et nobilitatem *Suerini. d.
16. Iulii 1701.* inito, adiectam, mediante peculiari *transactione*
autem de eodem dato confirmatam, eumque in finem in sti-
pulationem deductam fuisse, vt omnes *ao. 1684. 1685. 1686.*
concessæ resolutiones grauaminum vim *legis* prouincialis con-
sequerentur. Immo vt eo minus ea de re dubitaretur, CARO-
LVS VI. gloriosæ memoriæ contenta huius resolutionis confir-
mauit in *decisione in puncto turbatæ iurisdictionis seu primæ in-
stantiæ n. 3. Grauaminum ao. 1724. in conuentu nobilium Malchi-
nensi exhibitorum de dato 23. Mart. 1733* cuius verba hæc sunt;
Wird erstlich autoritate cæsarea *hiermit festgesetzet, dass Rit-
ter und Landschafft bey der ihnen* cum feudo *und übrigen Gü-*

thern

Güthern verliehenen iurisdiction *und deren* Instanz *durch die Fürstl.* collegia, *Beambte*, *und andere Bediente* nicht weiter zu beeinträchtigen, *sondern einem ieden seine* iurisdiction, um die Sache zuerst *daferne er anders selbst dabey nicht interessiret*, wieder die, unter seiner iurisdiction befindliche, verhören, und entscheiden zulassen, vorhero aber die cognitio vor die Fürstl. Iustiz-Canzelleyen, Land-und Hofgerichte, auch Consistorium, *es mögten dann* simpliciter consistorialia, *oder solche Sachen seyn*, *welche* in prima instantia *ans* Consistorium, *und iezt gedachte Gerichte gehören*, nicht zu ziehen, *noch die* Acta *dahin* extra casum denegatæ vel protractæ iustitiæ von den adelichen Gerichten zu auociren. *wie denn* in specie *der Schwerinischen* Iustiz-*Canzley* iniungiret *wird*, *die von den Berkentinischen Gerichten* in caussa *Michael Gaven ergangene* Acta *dahin unverlängt zu fernerer rechtlicher Ausübung zu* remittiren, *oder warum solches nicht geschehen können*, *und sie die* execution *des eingehohlten Urthels gehindert*, *rechtsgegründete Ursachen anzuzeigen*, *wiedrigenfalls dem von Berkentin erlaubet seyn solle*, *sothanes Urthel*, *der* remission *unerwartet*, *gebührend vollstrecken zu lassen*; *dahingegen aber Ritter und Landschaft angewiesen werden*, *bey ihren Gerichten denen Partheyen gebührlichen und fördersamsten Rechtens zu verhelffen*, *und daferne sie gegen die in ihrer* iurisdiction *befindliche selbst zu klagen haben*, *solche Sachen nicht anders denn vor und von geschwornen* Iustitiariis *oder weinigstens dazu insbesondere vereydigten* Notariis instruiren, *und in wichtigen Fällen*, *oder auch*, *da es eine Parthey verlangen solte*, *die* Acta *iedesmahl zum auswärtigen Rechts-Spruch verschicken zu lassen*. Hæc bis repetita lex *nobilibus* disertis verbis *forum primum* vindicat non in *rusticos* tantum sub iurisdictione patrimoniali ordinarie degentes, sed in omnes, vti verba notabilia sonant, *unter seiner* Iurisdiction

befindliche, adeoque folius *habitationis* rationem habet, quæcunque demum ex cauffa perpetua, aut temporaria illa fuscepta fuerit, confequenter non poteft non *colonos* fub nobilibus locatoribus degentes his ita *fubiicere*, vt omnes actiones contra illos ibidem moueri et nullæ curiarum *prouincialium* contrauentiones et auocationes cauffarum extra cafum *fecundæ inftantiæ* vel denegatæ iuftitiæ admitti debeant.



EXERCITATIO LVII.
AD LIB. XIX. PAND. TIT. V.

DE

IVRE PRINCIPIS CIRCA DIMISSIONEM MINISTRORVM.

CAPVT I.

DE MINISTRORVM PRINCIPIS EORVMQVE DIMISSIONIS GENERALI CONSIDERATIONE.

ARGVMENTVM.

I. Argumenti vfus et dignitas. II. Miniftrorum Officialiumque principis ratio. III. Eorum dependentia a fummo principe. IV. Hoc nexu deficiente, ceffat officialium conditio. Officialium hereditariorum ratio in Germania. V. Actiones eorum

eorum quoad Principis directioni subsint? VI. Eorum distinctio ex ministeriis vel secularibus vel ecclesiasticis. VII. VIII. Membra consistorii nec non Superintendentes a principe dependent, eiusque ministri sunt. IX. X. Pastores ecclesiarum quo sensu dicantur ministri ecclesiae? Sacerdotes aulici sunt principum ministri. Notatur dissentientium opinio. XI. Sacerdotum domesticorum et capellanorum origo et ratio. Ministri erant Domini capellae. XII. Capellani palatini et archicapellanus regum ministri fuerunt. XIII. Dissentientium dubia excutiuntur. XIV. Ministrorum secularium diuisio a variis ministeriis. XV. Missio militum quotuplex apud Romanos? Dimissi quinam? Dimissio ministrorum principis quid? XVI. Eius a remotione differentia. XVII. Vtriusque illustratio ab exemplo missionis militum honestae et ignominiosae.

§. I.

Acriter hactenus disputatum est, an et quatenus princeps ministros suos vel inuitos *retinere* vel *dimittere* queat, quod non solum tot edita scripta euincunt, sed etiam ICtorum responsa, quae non raro super hac quaestione peti solent, vberrime demonstrant. Neque tantum in *thesi* hac de quaestione contenditur, sed in *hypothesi* saepe maiora dubia mouentur, quae non quibusuis ministris principum applicari solent. Quid enim notius est, quam quod plura singularia circa *ministros ecclesiae*, inprimis vero *sacerdotes aulicos*, constitui soleant, dum vel a ministrorum principis sorte prorsus excluduntur, vel ad minimum dimissio eorum, *Introitus.*

 qui

qui *capellis palatinis* præfecti sunt, adeo in dubium vocatur, vt quidem *resignatio absoluto* eorum arbitrio relinquatur, principi autem fere omnis eorum *dimissio* præcludatur. E contrario nonnulli tam absolutam summo reipublicæ moderatori potestatem tribuunt, vt ministris omnem facultatem ex quacunque caussa *resignandi* et *dimissionem* petendi adimant, quod obseruauit CHARLES LOYSEAV *du drois des offices lib. V. cap. 3. n. 7.* inquiens: *Quicunque negat ei, qui officium gerit, potentiam illud resignandi, idem eundem officio alligat eo modo, qua condemnatus ad triremes accedit, atque ita eum seruituti subiicit, vel saltem facit adscriptitium, vt tamen in liberos homines potestatem exerceat.* Quæ cum ita sint, non inanem me operam susceptrurum esse prorsus confido, si pro modulo ingenii mei, quid iura circa *dimissionem ministrorum principis* decernant, euoluam, doceamque, quomodo suum cuique h. e. *principibus* et eorum *ministris* tribui debeat. Hoc ipsum autem vix commodius expediri potest, quam si tum *de iure principis in dimittendis ministris* egerim, tum etiam inuestigauerim, an et quatenus ministri adhuc libertate gaudeant, dimissionem suam a principe petendi et exigendi? Cum vero *primum membrum* ita comparatum sit, vt *seorsim* commode pertractari possit, alterum sequestrabo, et peculiari dissertatione V. D. enucleabo.*)

*) *Promissi fidem liberauit, qui huius dissertationis auctor est, Vir illustrissimus, PHILIPPVS ADOLPHVS L. B. de MVNCHHAVSEN, eodemque anno* CIↃIↃCCXVI. *in cuius mense Septembri in Fridericiana hoc masculæ eruditionis specimen eruditorum examini subiecerat, vix mense Octobri ad finem vergente, præclare ornauit hoc, quod sibi tractandum susceperat, argumentum, edita* de iure ministrorum

ſtrorum exigendi a principe dimiſſionem, *diſſertatione, magno doctrinæ apparatu rerumque ſelectu conſcripta, quam exemplo rariori, ingeniisque præſtantibus et generoſis ad imitationem propoſito, ex cathedra ſuperiori propugnauit, Georgio Gothofredo Bönigke reſpondentis partes in conflictu Academico ſuſtinente.*

§. II Omnem rationem et inſtitutionem vitæ adiumenta et vicariam operam aliorum deſiderare, recte perſpexit agnouitque CICERO *Lib. 2. officior. Cap 11.* quod etiam ſapientiſſimum illud effatum TACITI *Annal. 3. 69. 2.* confirmat docetque; *Principem ſua ſcientia non poſſe cuncta complecti.* Inde enim eſt, quod, creſcentibus magis magisque Imperantium viribus territoriisque, tam variæ miniſtrorum exortæ ſint ſpecies, vt difficile ferme ſit, eas ſigillatim enumerare. Immo quod magis eſt, in tantum ſæpe eorum numerus et potentia ob *latitudinem Imperii* excreuit, vt, affectantibus quibusdam ipſam Imperii partem, controuerſia non raro oriatur, an et quatenus adhuc inter *principis miniſtros* referendi ſint, qui olim quidem hanc prouinciam ſuſtinuere, ſed poſtmodum, mutata Imperii facie, ad ipſam Imperii vim et autocratiam aſcenderunt. Ne ergo externa rerum facie decipiamur, et a nudo nomine ad rem ipſam argumentum ineaute ducamus, illos *miniſtros officialesque principum* eſſe dico, *qui auctoritate publica a principe, certo vt plurimum conſtituto ſalario, aſſumti ſunt, vt rebus atque negotiis ſummorum principum præſint, in ſummis moderandis rebus illum ſubleuent, eique quacunque ratione inſeruiant.*

Officialium neceſſitas in republica.

quinam proprie tales dicantur.

§. III. Inualuit hæc definitio *dependentiam* miniſtrorum a *ſummo principe*, cui rationibus reddendis obſtricti ſunt. Nam id.

Miniſtri dependent a principe.

id etiam iuris singulis patribus familias datum est, vt actiones suorum ministrorum dirigere, et hi ab arbitrio eorum et imperio dependere cogantur; multo magis ergo, et longe eminentiori modo hoc ius principi attribuendum est, vt ministrorum suorum actiones moderari, determinare, et dirigere queat, quatenus 1) adhuc ab eo dependent, et 2) ipsa negotia, illis commissa, liberæ eius dispositioni subsunt. Id optime animaduertit GROTIVS *lib. 1. de iure B. et P. cap. 4. §. 6. n. 1.* aitque: *sicuti in dialecticis species intermedia, si genus respicias, est species: si speciem infra positam, genus; ita magistratus illi, inferiorum quidem ratione habita, sunt publicæ personæ: ad superiores si considerentur, priuati sunt. Nam omnis facultas gubernandi, quæ est in magistratibus, summæ potestati ita subiicitur, vt quidquid contra voluntatem summi imperantis faciant, id defectum sit ea facultate, ac proinde pro actu priuato habendum.* Huic accedit HVBERVS *Lib. I. de iure ciuit. sect. 3. cap. 6. n. 70.* dicens: *aduersus eum, qui habet summam potestatem, nihilo plus iuris habet magistratus, quam infimus quisque ciuium, quemadmodum dispensator aut ordinarius in familiis priuatis æque sunt serui, quam mediastini aut vicarii.* Constituuntur hi *villici* Reipublicæ, vt a CICERONE vocantur, ab ipso principe, quo ipso distinguuntur ab inferiorum magistratuum ministris, qui hoc charactere destituuntur, nec iura immunitatesque horum ministrorum habent, veluti ratione *fori, immunitatum etc.* Præficiuntur *negotiis rebusque* principum, tam *publicis*, quam *priuatis*, eisque assistunt, inseruiunt, et *vicariam operam* præbent, quæ cum in republica regulariter aliis demandari soleat, *Officii* nomen meruit, vnde et *Officiales* dicuntur. Quamuis vero ipsa negotia infinita sint, quæ a principe aliis demandantur, quandoque etiam vilissima, sed necessa-

cessaria: hic tamen potissimum de *illis ministris principum* agendum erit, qui *negotiis publicis* vel *priuatis* quidem, sed *dignioribus* et *elegantioribus* præficiuntur, qui etiam in frequentiori vsu κατ' ἐξοχὴν *ministri principum* vocari solent, cum de aliis inferiorum ordinum ministris nulla adeo dubitandi ratio in hac materia supersit, quippe quos vel cum famulis nostris conferre possumus.

§. IV. Duo autem obseruaui: (1) illos proprie adhuc *ministros* esse, qui a summo dependent principe. Hæc dependentia tractu temporis vel extincta, vel ita extenuata, vt tantum vmbra eius superesse videatur, proprie huc non pertinet. Habuere olim Cæsares plures *officiales* ex procerum et clericorum numero lectos, quorum ministerio tum *aulica*, tum *iudicialia* negotia expediebantur. Nec hæc officia olim *hereditaria*, sed *ambulatoria* fuere, arbitrio regum collata et ablata, adeoque possessores eorum in numerum verorum ministrorum relati fuere. Ait VADIANVS *de colleg. monast. Germ. fol.* 83. *Illa ætate et duces et comites non sui iuris, sed regum et imperatorum officiarii et veluti ministri erant.* Hos constituebant antiqui Reges, et pro lubitu dimittebant, ceu pluribus docet LEHMANNVS *in Chron. Spirens. lib. II. cap.* 9. 10. 11. immo *cap.* 17. *in f.* ex PAVLO AEMILIO hæc addit: *Duces initio comitesque a regibus præficiebantur gentibus, ciuitatibusque, ac cum videretur, dimittebantur.* Idem euincit, variisque exemplis remotorum et dimissorum ducum vel comitum illustrat ANTONIVS DADINVS ALTESERRA *lib.* 1. *de ducib. et comit. prouinc. Gall. cap.* 5. Ast tractu temporis tum *Archiofficia*, tum cetera *ducum comitumque* officia hereditaria sunt facta, potestas officialium horum sensim aucta, et ad tantam mox eminentiam euecta, vt superioritas territorialis, qua gaudent, eos ministrorum *dependen-*

Extincta dependentia proprie non sunt Officiales.

Exempla ducum et comitum Germaniæ.

dentium Cæsaris numero iamdudum exemerit, vtut nomina officiorum priscorum retinuerint. Hos proinde in campum huius dissertationis produci non posse, facile quilibet animaduertet.

Actiones officialium subiicienda directioni principis.

§. V. Præterea (II.) addidi, *ministrorum actiones subiici directioni principum summorum, quatenus illæ a libero horum dependeant arbitrio.* Nam etiam summorum Imperantium potestas restringi potest, vt pro lubitu in *negotiis publicis* procedere non possint, sed regni legibus se accommodare debeant. Quid quod etiam ipsa negotia ita possint esse comparata, vt non subsint arbitrio principis. Ipsa sane religio a nutu principis non dependet, adeoque quos ei præfecit, ab eo quidem dependent, tanquam *ministri* eius, sed *in rebus fidei* normam scripturæ sequuntur, et *salutis regulas* inde petunt, docent, suggerunt. Hæc in *thesi* sunt certissima, sed in *hypothesi* et *applicatione* adeo contentionibus obnoxia, vt non raro *sub hoc clypeo* clerici *independentiam* in quibuscunque causis ecclesiasticis affectent, vt infra in hac materia ostendam, et tot controuersiæ inter *sacerdotium* et *imperium*, vt vocant, demonstrant.

Ministeria sunt vel secularia vel ecclesiastica.

§. VI. Etsi vero negotia, ministris committenda, sint admodum varia, communiter tamen in *ecclesiastica* et *secularia* diuidi solent, vnde et ministrorum prima diuersitas nascitur. Loquor ex *hypothesi protestantium.* Postquam enim, post tempora LVTHERI, restituta est principibus nostris, quæ a papis ipsis erepta erat, iurisdictio ecclesiastica, facile patet, et in *ecclesiasticis* et in *secularibus* negotiis quosdam assumendos fuisse, quorum officiis atque ministerio in tam vasto regimine, quod et *secularia* et *ecclesiastica* moderatur, summam in repu-

blica

blica tenentes fulcirentur, vnde sua sponte distinctio ministrorum principum præcipua *in ecclesiasticos* et *seculares* fluit. Equidem illis temporibus, quibus papatus omnia in Germania nostra adhuc obscurauerat, tam formidanda Episcoporum, totiusque cleri erat potentia, vt etiam principes, imminente iam lapsu aulæ Romanæ, ceterique cleri, secundum SECKENDORFFII *histor. Lutheranismi Lib. 1. §. 130. et 134. veteri persuasione*, in ecclesiasticis maxime, *nihil auderent*, *sed euentum spectularentur*, adeoque illis nil nisi mera *iurisdictio et potestas ciuilis* seu *secularis*, et hæc quidem adhuc satis attenuata et mutilata, relicta esset, ipsique, qui causis ecclesiasticis præerant, summorum *principum ministri* dici haud possent, quin potius *ecclesiæ*, h. e. *Pontificis*, et *ceterarum hierarcharum* ministri dicti fuerint. Hoc intuitu ex sententia Canonistarum ANTONIVS DE PETRA *in tr. de iur. quæs. per princ. non toll. c. XXIX. n. 13.* dominium rerum ecclesiasticarum ecclesiæ vniuersali et Papæ tanquam Dei vicario attribuit, adeoque huius reipublicæ, ecclesiæ scilicet, officiales clericos esse asseruit. Ast tandem virtus summi imperii, diu satis attrita, respirauit, et disruptis vinculis cleri dominantis, in sedem suam, vnde electa erat, collocata est, non vbique quidem, sed in *terris protestantium*. Quamuis itaque virtute huius supremi arbitrii, singulari Dei beneficio restituti, negotia ecclesiastica iisdem, quibus secularia commissa sunt, committere potuissent, noluere tamen ea, in statu illo corrupto separata, cum secularibus confundere, et vnire, sed *consistoria*, senatumque ecclesiasticum constituerunt, quibus res, coram Episcopis hactenus peractæ, expedirentur. Hinc præsides, assessoresque Consistorii non minus quam Professores Theologiæ *ministros principum ecclesiasticos appellitare*, nullus dubito.

§. VII.

dam iudiciorum constituebat. Ast vbi ecclesiæ in republica tolerantur, fouentur, et præsidio principali firmantur, *imperantium* est, illarum caussas diiudicare, negotia dirigere, et prævidere, ne res ecclesiastica quid detrimenti capiat. Hanc ipsam curam demandarunt *Consistoriis*, quæ *ab ipsis*, non ab ecclesia, dependent, et sic præsides assessoresque eorum sunt *ministri principis*, ab eo constituuntur, eorumque potestas ab ipso determinatur, vt praxis hodierna docet.

§. VIII. Huc etiam refero *superintendentes, præpositos, inspectoresque*, qui itidem immediate spartam suam a principibus protestantibus accipiunt, cum vice principis *inspectionem* exerceant, adeo, vt iis integrum sit, quibus hanc ἐπισκοπὴν demandare velint, nec ius patronatus se ad illam extendat, vel ipso CARPZOVIO *lib. 1. jurisprud. Consist. def. 19. n. 12.* teste, quod etiam admittit B. STRYKIVS *ad ius ecclesiast. Brunnemanni lib. 2. c. 8. §. 21.* Proinde hanc inspectionem non præcise pastoribus demandare tenentur, sed etiam aliis, veluti Professoribus Theologiæ: quid quod quidam haud incelebres viri crediderint, etiam *Laicis* hanc inspectionem committi posse, cum nec his χαρίσματα Spiritus S. sint denegata; nec illi inepti censendi ad hanc præfecturam subeundam. Quod quamuis *iure* princeps facere non prohibeatur, *prudentius* tamen facit, si his, quibus vel cura animarum vel studia Theologica commissa sunt, illam demandauerit. *Vt et superintendentes, præpositi, inspectores.*

§. IX. De ipsis ministris et pastoribus ecclesiæ forsan maior ratio dubitandi est, an hi quoque in classem *ministrorum principis* referendi sint? Constat enim a pluribus asseri, ministros verbi diuini nullius hominis sed solius Dei seruos esse, vt in responso DAVID. RVNGII Profess. Witteberg. apud DEDEKEN- *Quid de ceteris clericis censendum?*

NVM *Vol. 1. Part. III. lib. 1. membr. 4. sect. 3. n. 1.* videre est, sustinere ipsos personam Dei, 1. *Corinth. IV.* gerere munus demandatum a Deo per ordinaria ecclesiæ vota, esse *legatos* Christi, 2. Corinth. V. v. 20. omnem illis defuturam esse auctoritatem, si hominum imperio eosdem subiicere, et ita sacrum illorum officium a principum auctoritate repetere velimus. Nec distinguendum esse censent inter Pastores ecclesiarum inferiorum, et *sacerdotes aulicos*, cum inter hos nullam nisi hanc esse differentiam credant, quod illi ecclesiis ruralibus vel ciuitatensibus præsint, hi autem in *palatio principis* (quod tamen non minus, ac cœtus alii, verbo diuino, et regulis ecclesiasticis subiectum est,) voluntatem Dei ex S. Scriptura annuncient, et potestatem sibi a Deo immediate demandatam exerceant, sine vlla dependentia, quam *officium ministri* inuoluit. Non noua narro, sed nota et ab antiquis tradita. Hæc deprehendi in DEDEKENNI *consil. Vol. 1. p. 3. m. 3. sect. 2. n. 24.* vbi ita; Aber über ihre Gewissen, Glauben, Lehr, und Bekäntniß, auch Ihres Beruffes Verrichtungen lassen Sie der Obrigkeit keine Gewalt, und sich nicht vorschreiben; was und wie Sie in ihrem Amte handeln sollen, sondern sehen allein auf Gott, der über die Gewissen herrschet, und wie es mit Austheilung und dem Kirchen-Regiment soll gehalten werden, in seinem ausgedrückten Worte befehlen.

Pastores ruralium et ciuitatensium ecclesiarum non sunt ministri principis in sensu stricto, sed ecclesia.

§. X. Verum enim vero si cum iudicio, ab affectibus et partium studio vacuo, rem ipsam, singulaque argumenta, quorum præter allegata plura sparsim inueniuntur in DEDEKENNI *consil. Witteberg.* penitius inspexerimus, sane aut nullius plane, aut parui tamen videbuntur momenti. Admittamus enim, ecclesiarum ruralium et ciuitatensium ministros *in sensu stricto* non esse *ministros principum*, nisi ab eo fuerint imme-

diate vocati, et ecclesiis præfecti: admittamus etiam solam confirmationem, quam omnes pastores subire coguntur, eos in classem ceterorum ministrorum *stricte dictorum* haud referre; *aulici* tamen *sacerdotes*, die Hof-Prediger, merito in illam collocandi sunt. Cum enim pastores alios optimo iure *ministros ecclesiæ* inde appellitare liceat, quoniam ab *vniuersitate*, quæ ecclesiæ voce denotatur, electi, vocati, eique inseruiunt, quid, quæso, vetabit, quominus *sacerdotes aulicos* dicamus *ministros principis?* quid obstabit, quominus numero ministrorum etiam eos accenseamus? Estne ecclesiæ plus iuris in constituendis sibi ministris, quæ rem sacram faciant, quam principi, qui sibi eodem iure, quo ceteræ ecclesiæ, *ministrum verbi diuini* assumit? Constat sane iam olim principibus, et priuatis etiam personis, liberam fuisse potestatem, erigendi sibi atque constituendi *oratoria priuata*, et *Capellas*, eisque sacerdotem præficiendi, quorum exemplis referti sunt omnes veteris historiæ ecclesiasticæ scriptores, et conciliorum monumenta, et quia *sacerdotes aulici* inde originem suam trahunt, adeo vt etiam hinc inde Hof-Caplan dicantur, iuuabit paullisper horum antiquam rationem intueri, vt hodierni *Capellani aulici* eo rectius suam originem, stemma et genus scire possint. Multi enim ex *ignorantia* peccant, alii ex *peruersa instructione*, denique alii, quod dolendum, ex *spiritu quodam papali*, qui nec in nostris penitus extinctus est ecclesiis. Age ergo videamus, annon ex antiquitatibus probari possit, *clericos aulicos esse stricte dictos principis ministros.*

Bene tamen aulici sacerdotes.

Quod ex antiquitate declaratur.

§. XI. Equidem ciuitates olim templis abundabant, sed non item pagi, villæ, castella. Patres huius defectus passim mentionem iniecerunt, simulque auctores potentioribus fuerunt, vt ruri templa exstruerent, et *domesticum ministrum* eiis

Domesticorum sacerdotum origo.

præponerent. Sufficiat vel vnum locum cardinalem ex CHRYSOSTOMI *homil. 18.* adducere. Ait: *oro et supplico et gratiam peto, imo et legem pono, vt nullus, qui habet villam, appareat carere ecclesia. Ne mihi dixeris, prope est, in vicinia est, sumptus est magnus, non magnum commodum: si quid habes insumendum in pauperes, illuc insume. Melius illuc, quam ibi, educa magistrum, educa diaconum, et sacerdotalem ordinem.* Ecquid aliud innuit CHRYSOSTOMVS, quam exstruendum esse *priuatum oratorium*, et clericos eidem præficiendos, qui ab eo dependebant, et mensa domini, vt alii ministri, vtebantur. Post pauca enim pergit: *Quale est, matutinis vespertinisque hymnis præsentem esse, et simul prandentem sacerdotem videre.* Hæ patrum sollicitationes ansam dabant, vt passim *oratoria priuata*, et *Capellæ* in prædiis nobilium exstruerentur, adeo vt vsque ad inuidiam numerus earum excresceret. Hinc tot iura circa *Capellas et Oratoria.* Episcopi sub imperio CAROLI M. suæ auctoritati aliquid decedere arbitrabantur, inprimis in *palatiis principum et regum*; Capellæ enim erant priuata eiusmodi Oratoria, vel templa minuta, qualia in palatiis potentiorum exstruebantur, vnde quoque hæc appellatio originem trahit. Vid. interim MABILLON *analect. tom. IV. pag. 817.* CANGIVS *in Glossar. voce Capella.* Huiusmodi Capellas exstruebant principes in suis palatiis, eisque sacerdotes præficiebant, vt obseruat ANTON. MATTHAEI *in notis ad anonymum auctorem de rebus Vltraiect. pag. 117.* aiens: *Capellæ ædes sacræ, quas in prædiis viri illustres habebant, vbi sacris operabantur, faciente hæc et ministrante iis proprio sacerdote, Capellano ob id dicto.* Hi Capellani erant de *domo et mensa domini*, in cuius palatio exstructa erat *Capella*, prout liquet ex diplomate de Ao. 1172. apud AVBERTVM MIRAEVM *lib. I. donat. Belgicarum*, vbi ita:

Qui oratoriis priuatis præficiebantur.

Etiam in aulis Regum principumque.

Quid capella

Capellani erant de domo et mensa domini.

vt vero iidem Capellani mei de mensa mea et domo esse manifestius cognoscantur &c. Adeo vero ministri illius domini, qui *Capellam* exstruxerant, *Capellani* erant, vt sæpe ad viliora officia præterea adhiberentur. Testis est AGOBARDVS *in Epistol. ad Bernard. de priuil. et virt. sacerd.* aiens: *plerosque inueniri, qui aut ad mensas administrent, aut vinum misceant, aut canes ducant, aut caballos, quibus fœminæ sedent, regant, aut agellos prouideant.* Adducit etiam hæc verba LVNICH *in Spicil. ecclesiast. tom. 1. cap. 1. n. 21.* ex *epist.* ZACHARIÆ *ad Bonifacium de Aa 751.* quam etiam BARONIVS *ad cit. ann.* habet, sed verba adducta omisit, quia non sunt ZACHARIÆ sed AGOBARDI. Forsan LVNIGIVS a VORBVRGIO *ad cit. ann. 751.* in errorem deductus est, qui epistolam ZACHARIÆ adducit, et pro eius illustratione *Vol. 9. pag. 491.* verba AGOBARDI quasi in parenthesi inseruit, quæ tamen ZACHARIÆ non erant adscribenda. Hinc forsan erat, quod episcopi horum Capellanorum constitutionem admodum ægre ferrent, vt colligitur *ex capitul.* CAROLI M. *lib. 1. c. 182.* vbi ita: *Placuit nobis, vt, sicuti ab Episcopis admoniti fuimus, ne Capellæ in nostro palatio, vel alicubi, sine permissu Episcopi, in cuius est Parochia, fiant.* Hoc ipso Episcopi id vnice intendebant, vt in posterum *Capellani* ab ipsis potius, et non a magistratibus, qui eos Capellis præficiebant, dependerent; sed subsequentium temporum experientia docuit, inanes eorum conatus fuisse.

§. XII. Sane sub ipsis CAROLI M. temporibus plures *Capellani* adhuc erant in palatio regis, quorum princeps erat *Archicapellanus*, primarius regis Minister in dirigendis caussis ecclesiasticis, et præses Consistorii sacri, quod a rege dependebat, sicuti ipse Archicapellanus. Testis est HINCMARVS *tom. 2.* *Inde archicapellanus quoque minister regis erat.*

pag.

pag. 206. aiens: *A tempore* PIPINI *et* CAROLI *interdum per presbyteros, interdum per Episcopos regia voluntate, atque Episcopali consensu, per diaconos, vel presbyteros magis, quam per Episcopos hoc officium executum extitit, quia Episcopi continuas vigilias supra gregem suam debent assidue exemplo et verbo vigilare, et non diutius secundum sacros Canones a suis abesse Parochiis.* Distincte id vlterius ex eodem HINCMARO illustrat PETRVS DE MARCA *lib. IV. de concord. sacerd. et imper. cap 7. §. 3.* docens: summum Capellanum *vice regis* in palatio ius *de causis ecclesiasticis* dixisse, et de negotiis grauioribus ad regem retulisse, adeoque eo tempore primarios in palatio fuisse REGIOS MINISTROS, *Capellanum* et *comitem Palatii.* Idem confirmat WALEFRIDVS STRABO *libro de rebus ecclesiæ cap. vlt.* et his verbis vtitur: *quemadmodum sunt in palatiis præceptores vel comites palatii, qui secularium causas ventilant; ita sunt et illi, quos summos Capellanos Franci appellant, clericorum causis prælati,* conferatur STEPHANVS BALVZIVS *ad Lupum Ferrariensem pag. 384. et pag. 450.* vbi de horum summa dignitate agit. Hæc apertissimum edunt documentum, Capellanos regios *in sacris* ministros fuisse, quem characterem etiam in posterum retinuerunt, postquam vel maxime *templa aulica* dilatata, nec intra angustias oratoriorum substiterunt. Huc sine dubio respexerunt PACIFICATORES PACIS OSNABRVGENSIS *articul. VIII. §. 1.* indulgentes principi, vt si ad alterius partis inter protestantes sacra transiret, *ipsi quidem Concionatores aulicos suæ confessionis secum atque in Residentia sua habere liceat*, non alia ex ratione, quam quod *templum aulicum* sacris ipsius principis destinatum sit, concionatores vero aulici ex antiqua praxi in eius ministerio degant. conf. B. STRYKIVS *de for. Ministr. Principis cap. 1. §. 9.*

§. XIII.

XIII. Quæ a dissentientibus communiter opponi solent, et in §. IX. allata sunt, nostram non labefactant sententiam, multominus illa, quæ DAVID RVNGIVS *c. l.* adducit. Equidem hic vrget, *ratione officii ministros sustinere personam Dei*, simul tamen hæc subiicit: *Huius sanctissimi muneris censura pertinet ad Consistorium, quatenus id repræsentat non politicum magistratum, sed totum ecclesiæ corpus, veluti presbyterium aliquod.* Hoc ipso concedit, officium hoc non esse *independens*, sed eius nomine *consistorio* vel *presbyterio* rationem esse reddendam. In eo tamen fallit, quod Consistorium repræsentare *ecclesiam* asserat, cui tamen nulla iurisdictio competit, quæ potius a *principe* dependet. Hoc posito, vel inuitus concedere debet, officium ministrorum aulicorum multo magis subesse principi, si conceditur, quod Consistorio subsit, quam dependentiam egregie illustrat HVGO GROTIVS *de iure summarum potestatum circa sacra cap. IV. §. 1.* et THOMASIVS im Bedencken über die Frage, wie weit ein Prediger gegen seinen Landes-Herrn, welcher zugleich *summus Episcopus* mit ist, sich des Binde-Schlüssels bedienen könne? Equidem *suam personam* subiicere solent principi, sed non *officium*, quod immediate a Deo sibi concessum arbitrantur. Verum posterius erroneum est, cum per principem ad hoc *officium* vocati sint, et sic quoque ei de ipsius administratione rationes reddere teneantur. Et quid si ex vulgata, quamuis erronea, doctrina supposuerimus, principes nostros esse Episcopos in suis territoriis? nulla sane ratione dependentiam a principe, tanquam quodam Episcopo, declinare possunt, quo tamen argumento tantum κατ' ἄνθρωπον vtimur.

Respondetur dissentientibus.

Ministri seculares varie diuiduntur. §. XIV. Pergo ad *ministros seculares*, caussis secularibus praepositos, qui rursus in duas abeunt classes, quorum alii *bellicis*, alii *pacis* student negotiis. Hi rursus vel *aulica*, vel *status*, vel *ciuilia* tractant negotia, quorum diuersae functiones in quacunque republica reperiuntur, quas hic enarrare, et per singulas ire non vacat. In genere tota *munerum dispensatio* ad summum rerum moderatorem pertinet; et sic in singulis rebus publicis diuersissima deprehenduntur munera et ministeria, quae vel *primaria*, supremis *administris* commissa, de quibus agit STRVVIVS *diss. de ministrissim.* vel *inferiora*, quae eundem dignitatis apicem non habent. Olim fere triplicis generis officia nota erant, *ecclesiastica*, *aulica*, et *militaria*, vnde etiam tot diuersa feuda inualuerunt. Quid enim aliud sunt *beneficia* et *feuda*, quam *merces* et *salarium*, pro officio seu ministerio quodam. Hoc denique obiter addo, de *Professoribus* dubitari solere, in quam classem ministrorum referendi sunt? Sane ex iure canonico *clericis* adscribuntur, et eorum iura in plerisque sequuntur, adeo vt *senatus academicus* praelatis mediatis etiam in terris protestantium accenseatur, qua posita sententia ministris ecclesiasticis adiungendi sunt, si non in totum, saltem *secundum quid*, et ex hypothesi pontificiorum, quam protestantes non ejurarunt.

Dimissio quid? §. XV. Quibus praelibatis natura *dimissionis* perlustranda, et differentia inter hanc et *depositionem* penitius euoluenda est. In genere *dimissio* vel *missio* nihil aliud denotat, quam *liberationem a nexu speciali, quo quis alteri obligatus fuit.* Speciatim missio olim de *militibus* praedicabatur, qui ab exercitu dimissi erant, vt dicitur in *l. 2. pr. D. de his, qui not. infamia.* Haec erat triplex iuxta *l. c. §. 2. ignominiosa*, quae ob delictum decernebatur, et remotioni respondet; *honesta*, quae

eme-

emeritis stipendiis indulgebatur, et ita *actus gratiae* erat, tanquam aliquod priuilegium; denique *causaria*, quae propter valetudinem, aliamue iustam causam laboribus militiae soluebat, vel cum quis vitio animi vel corporis minus idoneus militiae renunciebatur, vt dicitur in *l. 13. §. 2. de re militari* conf. SAMVEL PITISCVS *in Lexico antiquit. Roman. voce Missio, et* BRISSONIVS *de verborum signif. voce, mittere militem.* Sed etiam illi, qui alterius generis nexui suppositi erant, *dimitti* dicebantur, quoties ab illo liberabantur, vel *inuiti*, vel *volentes*. Vnde in *l. 16. qui potior. in pignore*, creditores *dimissi* dicuntur. Magis proprie vero debitores, post debiti solutionem in *l. 19. D. de dolo malo.* Similiter liberi, qui emancipabantur, potestate *dimitti*, *l. 28. D. de adoption. l. 8. D. de condit. et demonstrat.* et vxores, cum quibus maritus diuortium faciebat, *l. 37. D. de minoribus*, nec non serui manumissi *dimitti* dicebantur, *l. 28. D. de noxal. actionibus.* Quin etiam in ius vocati, si ab obligatione se sistendi liberabantur, *dimitti* dicuntur in *l. 22. §. 1. D. de in ius vocando.* Denique in genere in multis aliis textibus, qui a *nexu quocunque* immunes fiunt, *dimitti* dicuntur. Quae cum ita sint, facile liquet, *dimissionem ministrorum principis* generaliter denotare *qualemcunque liberationem ab officio, quacunque ex causa fiat, ad exemplum militarium missionum.* Specialiori autem et strictiori in sensu, hodie fere conuenit cum *missione militum causaria*, estque nihil aliud, si ad principem refertur, quam *ademptio muneris commissi, a principe facta, iusta de causa, non tamen praecise in poenam ob delictum forsan commissum.* Si vero ad *subditos* refertur, qui dimissionem vrgent, denotat *implorationem pro liberatione a munere commisso facienda.* De posteriori dimis-

 sionis

mission wird ihm ins Haus geschicket. Præterea hæc aliquando commendationi ipsius principis coniuncta est, ne videatur *ob delictum* remotus; quod in *remotione* contingere nequit. Ita et simpliciter missi vtplurimum *statum dignitatis* retinent, vel ad minimum titulum dignitatis, vid. *l. 17. D. de quæstionibus, l. fin. D. de Decurionibus*, quod secus est in remotis ab officio, *l. 2. et 9. D. de Senatoribus*, quamuis negari nequeat, sæpe remotionem, ex præcedente delicto decretam, voce *dimissionis* velari, si princeps cum ministris deponendis mitius procedere malit, vt salua existimatione a magistratu, quem gesserunt, abire possint. Nec enim hoc principi inuidendum est, vtpote cui id, quod minus est, denegari non debet, cum plus possit. Denique qui honeste a principe dimittuntur, salarium promeritum pro rata anni petere non prohibentur, cum ob delictum remoti iure suo exciderint in pœnam, quæ nonnunquam remotioni adiungi solet.

§. XVII. Differt ergo *dimissio* a *remotione*, vt in militibus *missio causaria* et *honesta* ab *ignominiosa*, vtpote cum quibus *officiales* optime comparantur. Quod enim in *l. 14. C. de aduocat. diuers. iudicior.* de *aduocatis* dicitur, quod *non soli militare credantur illi, qui gladiis, clypeis et thoracibus nituntur, sed quod etiam militent causarum patroni, qui gloriosæ vocis confisi munimine laborantium spem vitam et posteros defendunt*, id quoque ad omnes, qui publicis officiis præsunt, applicari potest. Inde etiam est, quod militia alia sit *armata et sagata*, alia *togata*, vt BRISSONIVS *de verborum signif.* voce *militia* indicat, cum *toga* non raro pro *veste forensi*, et *signo pacis* accipiatur, vt IDEM voce *toga*, et SAMVEL PITISCVS *in Lexico antiquit. Roman.* voce *toga* plenius euincunt. Inde quoque *peculii militaris* diuersa orta est species, quod aliud sit *castrense*, aliud *quasi castrense*,

Exempla militia discrimen inter remotionem et dimissionem illustratum.

quor-

quorsum, quod officiis publicis acquiritur, tanquam in *militia forensi* et *togata* refertur. Et quis ignorat, etiam *militiam* quandam tribui ministris verbi diuini, qui etiam *in sacris militare* passim dicuntur. *c. 19. C. 23. qu. 8. cap. 1. X. de cleric. ægrot. cap. 4. X. de præbend. et dignit.* vnde etiam OTERO *de officialibus cap. XIV. et XV. clericos milites cœlestis militiæ* appellitat. Quæ cum ita sint, non inconueniens est, vtrique militiæ, tam *togatæ*, quam *sagatæ* missionem vtramque *honestam*, quam *ignominiosam* tribuere, cum vtraque reipublicæ inseruiat, munus pulbicum constituat, et sic quoque vtrique missioni obnoxia esse debeat. Sed hæc tantum *illustrationis gratia* hic addo, vt eos redarguam, qui in officialibus *missionem* et *remotionem* non satis distinguunt, sed omnia confundunt, quæ tamen distinctissima sunt, etiam in ipsis militibus, qui æque *publici officiales* sunt, ac hi, qui *ministri pacis* dicuntur.

CAP. II.

DE

DE IVRE PRINCIPIS DIMITTENDI MINISTROS.

ARGVMENTVM.

I. Diuersitas opinionum in hoc argumento. II. III. De officiis ad beneplacitum concessis Fontanellæ, Ant. de Petra, Boernii, Otteri, Klockii, Caroli Tapia, Meuii opiniones. IV. De officiis indefinite concessis Otteri, Menochii, Schilteri opiniones. V. Hæc morte, resignatione et delicto vacare existimant. VI. Quidam pro principis libertate in ministris dimittendis pugnant.

gnant. VII. *Discrimen inter dimissionem et remotionem a multis neglectum.* VIII. *Argumenta doctorum, principi omnem ministros dimittendi facultatem negantium.* IX. *Horum confutatio.* X. *Sententia Doctorum de dimissione ministrorum ecclesiae.* XI. *De his omnibus iudicandum est pro diuersa officiorum ratione. Officia temporalia libere reuocantur.* XII. *Officia perpetua, ad beneplacitum concessa, reuocandi ius principi competit.* XIII. *Idem obtinet, vbi beneplacitum ex similibus verbis colligitur.* XIV. *Honesti et prudentiae rationes, arbitrariae ministrorum dimissioni aduersantur.* XV. *De officiis indefinite concessis. Ratio officiorum publicorum.* XVI. *Quali conuentione officium deferatur? Negatur id fieri vel mandato, vel locatione, vel contractu innominato.* XVII. *Precarii ratio euincitur.* XVIII. *Collationi officiorum indefinitae clausula ad beneplacitum semper inest.* XIX. *Illustratio ex praxi antiqua et recentiori variorum regnorum.* XX. *Collatio officii, extraneo facta, aeque precaria est, nisi pactis conuentis aliud placuerit.* XXI. *Haec pacta non obstant, quo minus ex vtilitate reipublicae dimittatur:* XXII. *etiamsi officium pretio redemtum sit. An dimissi indemnes seruandi?* XXIII. *De iure dimittendi ministros subinde Legibus restricto.* XXIV. *De iure et obligatione principis successoris in dimittendis ministris.* XXV. XXVI. *De iure principis dimittendi Sacerdotem aulicum.* XXVII. *Argumenta aduersae sententiae confutata. Negatur, 1.) collationem officii sacri a Deo immediate fieri,* XXVIII. *et 2.) principem tantum, instrumenti ad instar, ad eamdem concurrere,* XXIX. *denique 3.) dimissionem caussae cognitionem desiderare.* XXX. *Caracter ordinationis dimissionem non impedit.*

pedit. Responsum de dimissione clerici priuati non ordinati, XXXI. Iudicium de periculosis consectariis propositæ sententiæ, XXXII. et de neglecto discrimine inter iusti et honesti principia in hoc argumento. XXXIII. Dubium aduersus precariam officiorum ecclesiasticorum indolem resoluitur. XXXIV. De Salario dimissi ministri. XXXV. In hereditariis officiis locus non est dimissioni.

§. I.

Continuatio.

Euolui naturam *dimissionis* et *ministrorum* conditionem, statumque explicui. Quamuis vero ipsa *dimissionis* ratio atque libertas facile inde colligi queat, doctores tamen adeo ancipites sunt in hac doctrina, vt certi quid constituere vix audeant. Plerique hærent et cespitant; alii omnia confundunt, vt, si ex horum doctrina iudicandum esset, informe opus, maleque cohærens moles inde exstrueretur. Ne vero id gratis dicere videar, ante omnia quæ interpretes iuris hac de re senserint, quamue potestatem principi in dimittendis ministris attribuerint, indicabo, et subinde, meam sententiam subiungam.

Fontanellæ sententia.

§. II. Quidam fuere, qui ante omnia videndum esse arbitrati sunt, vtrum officia ad *beneplacitum* concessa fuerint, nec ne? De illo casu plura de natura *beneplaciti* congerunt, nec tamen sibi circa *reuocationem officii*, publica autoritate commissi, satis constant. Testis sit IO. PETR. FONTANELLA, *tr. de pactis nuptial.* qui relatis *de beneplaciti reuocatione* Dd. opinionibus *part. 1. clausul. 4. glossa 10. n. 152.* dicit: *Ex his vides, omnes fere concordare doctores, vix aliquo discrepante, quod requirat causæ cognitionem reuocatio beneplaciti; a qua opinio-*

ne

ne ne solus ac singularis videatur, nec ego recedo, sed velim mihi concedatur dicere, quid sit, quod eam mihi opinionem, si non improbabilem, dubiam tamen reddat. De solo *beneplacito* loquitur FONTANELLA, et quamuis, vt ex allegato loco apparet, se consentire dicat cum aliis, asserentibus, principem beneplacitum nonnisi ex iusta causa reuocare posse; re ipsa tamen in contrariam sententiam abire videtur. Nam 1) obiicit, maximam communis vsus loquendi efficaciam circa vocabulorum intelligentiam esse, vulgus autem per concessionem ad *beneplacitum* nihil aliud quam concessionem ad *meram* tantum *voluntatem* intelligere: deinde 2) apposite huic negotio *argumentum de superfluitate vitanda* opponi dicit; quæuis enim negotia ex iusta causa reuocari posse, adeoque superuacanea fore verba *ad beneplacitum*, nisi aliquid magis operentur: 3) ex his etiam rationibus suæ Ciuitatis aduocatos, inter quos et ipse locum tenebat, respondisse affirmat: *quod secundum communem vsum loquendi verba ad beneplacitum importarent liberum arbitrium, absque aliqua causa, seu illius cognitione pro lubitu voluntatis exercendum.* Nec melius se explicat ANTONIVS DE PETRA *tr. de Iure quæsit. per principem non toll.* qui et ipse quædam de iure principis circa reuocationem officiorum ad beneplacitum concessorum affert. Definit primo quidem *cap. 29. §. 1.* quod si iurisdictionalia *precario* concessa fuerint, vtique illa per principem ad nutum reuocari posse, nec per talem reuocationem posse quemque conqueri, natura contractus precarii ita suadente; postea tamen ex *cap. decet de R. I. in 6.* vbi disputatur: *decere principis beneficium manere*, dubium sibi mouet, et vtilitatem publicam dissuadere tales officialium mutationes dicit, et tandem *n. 24. part. 1.* ad *Baldi cons. 327. pridie enim consului n. 3.* prouocat, aientem: *Princeps potest dignitate vacante, et*

dum est in abstracto, eam supprimere sine causa, secus si est cum substantia et vbi ius est alteri quaesitum, vt adeo incertum ferme sit, ad minimum difficile dictu, in quam potius transeat opinionem. NICOLAVS BOERIVS vero maiorem iam in decidendo affectans auctoritatem, nullo moto dubio, nec vllo vel temporis, vel circumstantiarum habito respectu inquit: *Officiarii, qui sunt in aliquo officio, etiam ad beneplacitum ipsius principis, prout in omnibus officiis solet, apponi, quamdiu nobis placuerit, censentur perpetui.*

Nicolai Boerii.

Oteri sententia asfertur.

§. III. Maiorem prae se ferunt speciem, quae D. ANT. FERD. DE OTERO tractatui *de Officialibus Reipublicae* ea de re inseruit. Nam dissentientium argumenta *cap. XIII. a. n. 1. ad num. 14. vsque* prolixa proponit oratione, et tandem, suis adductis rationibus, se non sine causa ad Boerii et aliorum, ita sentientium, castra transire ostendit. Praeter dubia enim, quae ANT. DE PETRA, pro libertate principum in dimittendis et reuocandis ad beneplacitum assumtis ministris, alias pugnans, *citato loco* excitat, haec magnis praeiudiciis et auctoritatibus corroborata, et non leuis ponderis argumenta, vt putat, addit: 1) omnia officia sine temporis definitione concessa censeri perpetua; 2) ministrum, ex quo semel principi placuit, amplius ei displicere non posse; 3) beneplacitum nec tacite exspirare, nec morte mandantis extingui; 4) plures extare regni leges, quibus summa cum difficultate officia semel concessa auferenda esse caueretur, vt rem satis explicatam arbitretur, et *num. 13. cit. cap. XIII.* inde inferat, *ignominiosum esse, officia etiam ad beneplacitum concessa sine iusta causa reuocare.* Ampliat haec atque dilatat CASP. KLOCKIVS *consil. 32. n. 14.* vna cum doctore, quem allegat, MENOCHIO, inquiens: *beneplacitum notat arbitrium boni viri: nullus autem bonus vir concessionem a se factam aufert.*

Klockii.

Menochii.

Huic sententiæ iisdem fere motus argumentis subscribit CAROLVS TAPIA *in comment. ad l. fin. D. de const. princ. part. II. cap. IX n. 73. et 76* et plures alii, qui hinc inde ab auctoribus allegatis citantur; mirum tamen id ipsum videtur MEVIO *part. II. decis. 12.* qui negat maiorem officiali, *cui cum placet integrum sit resignare*, quam domino tribuendam esse auctoritatem, nec quemquam, *ex officio quod non ex lege aliqua sed voluntate constituentis ex beneplacito seu electione defertur*, *tale posse accipere ius, vt inuito domino retinere queat*, expresse euincit. Car. di Tapia. Menii.

§. IV. Hæ doctorum de *beneplacito* opiniones quomodo et quatenus nostræ respondeant sententiæ, infra docebimus, quid de cetero de iure principis circa reuocanda officia *indefinite* concessa sentiant, breuibus ostendemus. In genere in eo omnes ferme conueniunt, non sine iusta causa, quarum plerumque tres, *negligentiam* nempe, *insufficientiam*, et *vtilitatem publicam* constituunt, dimittendos esse ministros. Sic loquitur OTERO *tr. de officialibus cap. XIII. §. 1. 2. 3.* idemque statuit MENOCHIVS *tr. de arbitrariis iudicum quæstionibus lib. 1. quæst. 55. n. 7. et 8.* qui tamen tribus illis causis quartam addit, si nempe in officio deliquerit officialis. Huc etiam collineasse Scabinatum Lipsiensem, obseruat SCHILTERVS *exercit. ad D. exerc. 57. §. 143.* qui officiali alicui de reuocatione a domino facta conquerenti, sequentem in modum respondit: Obwohl die Bestallung der Heydenwald- und Grünthalischen Gerichte durch eine Person pro re meræ facultatis zu achten, welche der præscription nicht unterworffen, und also denen von Schwarzenberg die Verwaltung ihrer Gerichte Euch einmahl aufgetragen in die 30. Jahr dabey gelassen, und dergleichen auf schriftliche Bestellung angenommene Diener ohne redliche Ursach und ungehörter Dinge ihrer Dienste nicht entsetzet werden können, und die remotio ab officio DD. sententia de officiis indefinite concessis.

 einem

dum est in abstracto, eam supprimere sine causa, secus si est cum substantia et vbi ius est alteri quaesitum, vt adeo incertum ferme sit, ad minimum difficile dictu, in quam potius transeat opinionem. NICOLAVS BOERIVS vero maiorem iam in decidendo affectans auctoritatem, nullo moto dubio, nec vllo vel temporis, vel circumstantiarum habito respectu inquit: *Officiarii, qui sunt in aliquo officio, etiam ad beneplacitum ipsius principis, prout in omnibus officiis solet, apponi, quamdiu nobis placuerit, censentur perpetui.*

Nicolai Boerii.

Oteri sententia adfertur.

§. III. Maiorem prae se ferunt speciem, quae D. ANT. FERD. DE OTERO tractatui *de Officialibus Reipublicae* ea de re inseruit. Nam dissentientium argumenta *cap. XIII. a. n. 1. ad num. 14. vsque* prolixa proponit oratione, et tandem, suis adductis rationibus, se non sine causa ad Boerii et aliorum, ita sentientium, castra transire ostendit. Praeter dubia enim, quae ANT. DE PETRA, pro libertate principum in dimittendis et reuocandis ad beneplacitum assumtis ministris, alias pugnans, *citato loco* excitat, haec magnis praeiudiciis et auctoritatibus corroborata, et non leuis ponderis argumenta, vt putat, addit: 1) omnia officia sine temporis definitione concessa censeri perpetua; 2) ministrum, ex quo semel principi placuit, amplius ei displicere non posse; 3) beneplacitum nec tacite exspirare, nec morte mandantis extingui; 4) plures extare regni leges, quibus summa cum difficultate officia semel concessa auferenda esse caueretur, vt rem satis explicatam arbitretur, et *num. 13. cit. cap. XIII.* inde inferat, *ignominiosum esse, officia etiam ad beneplacitum concessa sine iusta causa reuocare.* Ampliat haec atque dilatat CASP. KLOCKIVS *consil. 32. n. 14.* vna cum doctore, quem allegat, MENOCHIO, inquiens: *beneplacitum notat arbitrium boni viri: nullus autem bonus vir concessionem a se factam aufert.*

Klockii.

Menochii.

Cccc Huic

Huic sententiæ iisdem fere motus argumentis subscribit CAROLVS TAPIA *in comment. ad l. fin. D. de const. princ. part II. cap. IX n. 73. et 76* et plures alii, qui hinc inde ab auctoribus allegatis citantur; mirum tamen id ipsum videtur MEVIO *part. II. decis. 12.* qui negat maiorem officiali, *cui cum placet integrum sit resignare*, quam domino tribuendam esse auctoritatem, nec quemquam, *ex officio quod non ex lege aliqua sed voluntate constituentis ex beneplacito seu electione defertur, tale posse accipere ius, vt inuito domino retinere queat*, expresse euincit.

Car. oli Tapia.

Meuii.

§. IV. Hæ doctorum de *beneplacito* opiniones quomodo et quatenus nostræ respondeant sententiæ, infra docebimus, quid de cetero de iure principis circa reuocanda officia *indefinite* concessa sentiant, breuibus ostendemus. In genere in eo omnes ferme conueniunt, non sine iusta causa, quarum plerumque tres, *negligentiam* nempe, *insufficientiam*, et *vtilitatem publicam* constituunt, dimittendos esse ministros. Sic loquitur OTERO *tr. de officialibus cap. XIII. §. 1. 2. 3.* idemque statuit MENOCHIVS *tr. de arbitrariis iudicum quæstionibus lib. 1. quæst. 55. n. 7. et 8.* qui tamen tribus illis causis quartam addit, si nempe in officio deliquerit officialis. Huc etiam collineasse Scabinatum Lipsiensem, obseruat SCHILTERVS *exercit. ad D. exerc. 37. §. 143.* qui officiali alicui de reuocatione a domino facta conquerenti, sequentem in modum respondit: Ob wohl die Bestallung der Heydenwald- und Grünthalischen Gerichte durch eine Person pro re meræ facultatis zu achten, welche der præscription nicht unterworffen, und also denen von Schwarzenberg die Verwaltung ihrer Gerichte Euch einmahl aufgetragen in die 30. Jahr dabey gelassen, und dergleichen auf schrifftliche Bestellung angenommene Diener ohne redliche Ursach und ungehörter Dinge ihrer Dienste nicht entsetzet werden können, und die remotio ab officio

DD. sententia de officiis indefinite concessis:

einem Diener an seinen Ehren und guten Leymuth verkleinerlich; so seyd ihr den von Schwartzenberg wegen der ohne sattsame Ursach vorgenommenen Entsetzung eurer Person von dem euch vormals aufgetragenen Amte actione iniuriarum ad aestimationem zu belangen wohl befugt. Hinc inde ipsemet SCHILTERVS, hoc inductus praeiudicio, citato loco affirmat: *nunquam dimissionem deficiente causa carere ignominia, quare a munere publico neminem temere dimittendum.*

Aliorum opiniones referuntur.

§. V. Alii, generalius et accuratius paulisper rem inspicientes, tribus modis vacare officia dicunt, *morte* scil. *resignatione*, et *delicto*. Illud BOERIVS *decis. 149. n. 14.* cautum dicit in *ordinatione Caroli VIII.* eoque collineant, quae ZAHNIVS *in politia municipali lib. 2. cap. 33. n. 18.* tradit, quo tamen vltimo casu, antequam priuetur officialis, audiri illum vult in suis defensionibus per remedia iuris ordinaria, qua in re assensum ipsi praebet ANTON. DE PETRA *l. c. cap. 39. n. 2. 3.* nec aliter sentit CASP. KLOCKIVS *Consil. tom. 1. cons. 32. n. 14.* et CAROLVS TAPIA *ad l. fin. D. de Const. Princ. part. II. cap. 9. n. 74.* Immo tantae auctoritatis tum temporis haec ipsa visa est sententia, vt ipsi reges, et summi rerum moderatores eidem se subiicere non dubitauerint, quod BARBOSA *in collect. ad Cod. Lib. II. tit. 7. l. 9. n. 5.* de rege Lusitaniae, Castellae et Franciae allegat, *ipsum nempe officia extra mortis, vel delicti, aut renunciationis casus tollere non solere:* hoc modo etiam explicandam pragmaticam illam sanctionem esse ait, quam a LVDOVICO XI. Franciae rege promulgatam legimus in OTERI *tr. de officialibus cap. XIII.* quod officia omnia in regno illo debeant esse perpetua.

Quidam libertatem principis propugnarunt.

§. VI. His tamen non obstantibus, non defuerunt etiam *libertatem principis* hac in re vindicantes. Praeterquam enim, quod

quod iam ANT. DE PETRA vindicem libertatis principum appellauerimus, ipsemet etiam BARBOSA modo citato loco restringit illam opinionem ad officia, quibus parantur vitæ subsidia, ac ista non sine graui causa adimenda esse contendit. Huic limitationi accensenda, quæ in KLOCKII *consil. tom. 1. conf. 32.* hac de re ita traduntur: Ob nun wohl dieses von ihrer Kayserl. Majestät Ihres Regals halben einem andern aufgetragene Postambt nach derselben willkührlich Belieben wiederruflich ist; jedoch so wird aller Vernunft nach, Kayserl. Maj. ohne fürdringende Ursach keinen von angedeutetem einmal aufgetragenen *oneroso officio*, sonderlich da derselbe eben ob verstandenes Kayserliches *Regal* wiederum mit trefflichen Unkosten, Mühe, Fleiß und Embsigkeit in rechten Gang und Schwang gerichtet, nicht verstossen. Huc etiam pertinent, quæ afferuntur a SCHILTERO supra citato loco, ab Electore Saxoniæ senatui Grimmensi, dimittenti quendam actuarium sub poena 200. fl. iniunctum fuisse, vt illum actuarium restitueret, eam maxime ob causam, quod tale munus publicum sit, quod vel inuitus suscipere, nec ideo temere dimitti debet. Magis adhuc pro principe faciunt, quæ dixit LVDOVICVS CHARONDA *in memorabilibus, voce iustice: quod magistratus quilibet officiales suos ad nutum deponere possit; dummodo id simpliciter faciat, nulla adiecta causa famam sugillante.*

§. VII. Et, si omnes sententias hic recensere vellemus, quæ ea de re in Dd. scriptis deprehenduntur, charta prius deficeret, quam dicendi occasio; minima enim circumstantia et hic rem variat, vt, quot ferme occurrunt circumstantiæ, tot inueniamus dissentientes. In eo tamen plurimi ex adductis scriptoribus peccasse videntur, quod *depositionem* ab officio et *dimissionem* non satis distinxerint. Hinc factum est, quod eam maxime ob causam principi denegent dimissionem ministro dandi facultatem, quod ignominia dimissionem comitetur. Id ipsum pro-

Plerique dimissionem et remotionem inepte confundunt.

produnt verba L. B. de LYNCKER *diss. de beneplacito sect. II. cap. 1. §. 11.* dicentis: *Nullibi sine causa fieri debere dimissionem officiorum, eo ipso, quod saltem non expressa causa participandum quoddam subesse videatur*, et paulo post; *damnum autem et contumelia si abfuerit, omnino dicerem, liberrima voluntate principem in abdicando procedere, suoque iure uti posse.* Hoc autem erroneum esse, extra omnem dubitationis aleam positum est, et ex iis, quæ circa *diuersitatem dimissionis et depositionis* adduximus, satis elucescit, et vel ex origine vocis *dimissionis*, quæ de veterum Romanorum militia prædicabatur, et *honesta* etiam esse poterat, constare potest. Ex eodem præiudicio, vt iam diximus, Scabini Lipsienses actione iniuriarum contra dominum officialem dimittentem agi posse putauerunt: id quod ex hac ipsa distinctione corruit etiam atque euanescit.

Adferuntur leges, in quibus interpretes iuris se in hac doctrina fundare solent.

§. VIII. Recensui fideliter opiniones varias Dd. circa hanc doctrinam: qui, ne sine legibus quid asseruisse videantur, varia argumenta ex iure ciuili in scenam producunt; quia veteres interpretes in illa communi persuasione fuerunt, nihil in iure publico, vel eo, quod principis iura tangit, definiri et decidi posse, nisi rationibus ex iure Romano petitis. Proinde hi, qui omnem principi *dimittendi facultatem ministros* negant, etiamsi ad *beneplacitum* concessum sit, varia iura de *natura beneplaciti* afferunt, eaque ad hunc casum applicant. Sic *beneplacitum* sua natura *perpetuum* esse, euincere conantur 1) ex *l. 56. D. de condict. indeb.* vbi occurrit conditio: *ne conueniatur, donec Titius consul fiat*, additque ICtus, posse exceptionem inde *perpetuam* nasci, quæ ad tempus est inita: (2) ex *l. 30. pr. D. de excusat.* vbi agitur de his, qui a latere principis sunt, a tutela excusandis, additque ICtus hanc rationem: *quo-*

niam

niam circa latus eorum agerent et honor delatus finem certi temporis ac loci non haberet, ex quibus verbis communiter colligunt, perpetuos censeri officiales principis, obseruante GOTHOFREDO *in not. lit. I.* 3) ex *l. 34. D. de rebus cred.* vbi dicitur: *quod praesidis prouinciae officiales perpetui sint.* Ex quo inferunt, regulariter eos, qui non sunt ad tempus assumti, *perpetuos* esse constitutos, et ita in officium habere ius quaesitum, vt reuocari non possint. Idem 4) ex *l. 5. D. de iurisd.* deducunt, quae docet, magistratum iurisdictionem *suo iure* habere, non alieno beneficio, et ita temere reuocari non posse, cum quod *meum* est, mihi auferri nequeat: 5) ex *l. 6. §. 6. D. de excusat. et l. 11. §. 3. D. de muner. et honor.* vbi quidem dicitur, quod reprobari medicus possit a republ. quamuis semel probatus sit, sed tum demum, vti colligunt ex *§. praecedente 4. cit. l. 6.* si circa functionem suam se negligenter habeat, provt SCHILTERVS *exercit. 37. §. 144.* hunc textum in hac materia excitat: 6) ex *l. 11. D. de R. I.* quae docet, id, quod *nostrum* est, sine facto nostro ad alium transferri non posse, ergo nec officium publicum, in quod ius quaesitum minister habet: 7) ex *l. 12. C. de dignit.* ex qua inferunt, iudicem demum honore exui posse, si se furtis et sceleribus maculauerit, ergo a contrario sensu omni scelere vacuum a munere inuitum retrahi non posse: 8) ex *l. vlt. D. vbi pupill. educari debeat*, vnde trahunt, amouere magistratum loco, esse grauem iniuriam, et notam inferre: 9) ex *l. 7. C. de prec. imper. offer.* vbi illa rescripta reprobantur, quae laedunt alium, et petenti prosunt et contra ius ita esse videntur, id quod iis quoque rescriptis applicandum esse censent, quibus officialis reuocatur, cum exinde non possit non damnum sentire: 10) ex *l. 3. C. de officio praefecti praetor. orient. et ill.* quae disponit, non alios iudices quam *inutiles* remouendos et mutandos esse, vel propter aduersam et longinquam corporis valetudinem, vel

propter

propter negligentiam, aut furtum, aut simile aliquod vitium, quorsum etiam collineare videtur *l. 38. in fin. C. de decurionibus X.*

Iudicium tum ex argumentandi genere tum de argumentis fertur

§. IX. Sed taedet, plura congerere ex iure ciuili argumenta, cum vel adducta ita comparata sint, vt, si ad Lydium examinantur lapidem, thesin nostram nullo modo feriant. Nam 1) quidam textus expresse loquuntur de *remotione*, quae in poenam fit, quae tamen cum *simplici dimissione* confundi non debebat, prout passim doctores faciunt. 2) Erronee supponunt, officiales indistincte *ius perfecte quaesitum* in officium commissum habere, intuitu *principis*, quod ei circa iniuriam auferri non possit, quia non satis perpenderunt, quid sit, *suo iure* et *non ex alieno beneficio* magistratum iurisdictionem habere, quae duo tamen tantum *ordinarios magistratus a mandatariis* distinguunt. 3) Constat ex quibusdam textibus, olim quosdam officiales fuisse *perpetuos*, quosdam *temporales*. Illi quidem ita dicuntur, quod non ad certum tempus sint assumti, et quod regulariter perpetuo muneri praesint, quod tamen facile intelligi potest cum limitatione, *nisi reuocentur*; nam quod sine temporis determinatione alicui concessum est, *suo modo* perpetuum dicitur, vt interpretes, de precario ipso admittunt, quo ipso tamen facultas, reuocandi precarium, non censetur adenta. Maior forsan dubitandi ratio est de officiis ad *certum tempus* speciatim concessis, quibus inesse videtur conditio, quod ante tempus reuocari non debeant. 4) Quidam textus de *inferiorum magistratuum et rerumpublicarum potestate* loquuntur, qui tamen hic alieni sunt, vbi de iure principis tantum solliciti sumus. 5.) Denique et hoc addo, doctrinam de *iurisdictione* et *magistratibus*, in iure Romano expositam, incongrue ad fora nostra applicari, cum facies nostrarum rerumpubl. a

Ro-

Romana ſit plane diuerſa, nec officiales noſtri cum Romanis indiſtincte comparari, multo minus iura principum noſtrorum ex iure Romano peti poſſint. Potius tota hæc doctrina ex principiis iuris publici, ad ſtatum rei Germanicæ accommodatis, petenda eſt, quæ ab antiquis interpretibus per prouocationem ad Ius Romanum valde ſunt turbata.

§. X. Ceterum non tantum de dimittendis officialibus, curæ reipubl. admotis, ambiunt, ſed ſpeciatim ingentes fluctus mouent de *miniſtris eccleſiæ*, an et quatenus pro lubitu dimitti poſſint? Equidem epiſcopis ceterisque clericis non poſſe ſummum Pontificem abſque cauſa vel delicto auferre Epiſcopatum vel beneficium, cenſet CAROLVS TAPIA *ad l. fin. D. de conſt. Princ. cap. 9. part. II.* quod tamen ſine dubio de *remotione* intelligendum, vel ſi etiam *dimiſſionem ſimplicem* complectitur, ſatis innuit, clericos ad nutum non eſſe reuocabiles, forſan ideo, quod *ordinationem* acceperint, et per hanc *characterem indelebilem*, qui operatur, vt ſine dedecore ſecularibus officiis ſe dicare nequeant. Verum quam diuerſa etiam hac in re olim praxis fuerit, edocet THOMASSINVS *P. II. l. I. c. 15 ſeqq. de vet. et nov. eccleſ. diſcipl.* oſtenditque, epiſcopos non raro clericos ita in ſua poteſtate eſſe exiſtimaſſe, vt ad nutum amoueri poſſent. Illud vnice tantum obſeruo, de *pleno principis in Capellanos iure* non facile olim dubitatum fuiſſe. Cum enim, quod itidem *cap. 1.* diximus, *de ipſius menſa* tales Capellani eſſent, et quæque etiam viliſſima officia ſæpe ſubire cogerentur, plerumque etiam ex adſcriptitiis et libertinis eligerentur, nulla prope dubitandi aderat ratio, hos ad nutum amoueri poſſe. Hinc eſt, quod prouocet OTERVS *tr. de officialibus cap. 13.* ad D. PERETZ DE LARA, qui *tr. de Capellanis cap. 6. n. 22.* contendit: *Capellanum, ad nutum remotum, non poſſe ex remotione facta a pa-*

Sententia recepta Dd. de dimiſſione miniſtrorum eccleſiæ.

trono vel successore conqueri, *cum non videatur iniuriam inferre*, *qui vtitur suo iure*. Pari ratione LAMBERTINVM pluresque alios inducit, aperta voce aientes: *Capellanum absque legitima causa ad nutum pro libito voluntatis posse amoueri.* Ab antiquo enim per inueteratam praxin inualuit, *capellanos*, tanquam *clericos domesticos et priuatos*, subesse constituentis arbitrio, et pro lubitu reuocari posse, vnde factum est, quod adhuc hodie *capellaniae* vtplurimum dicantur *beneficia manualia*, seu *ad nutum amouibilia*, de quibus pleni sunt Pontificiorum libri. vid. LEVRENIVS *in for. benefic. p. 1. q. 84 sqq.*

Distincte procedendum esse ostenditur, pro diuersa ratione conferendorum beneficiorum.

§. XI. Liquet ex hactenus dictis, interpretes iuris fere sine vlla distinctione doctrinam hanc ponderasse et excussisse, cum tamen varia officialium sit ratio, et ex diuersa eorum conditione rationes dubitandi non leues enasci possint. Scilicet hodie officia sunt vel *hereditaria*, in heredes etiam transeuntia, Romanis quidem incognita, nobis vero satis cognita, *vel non-hereditaria*, quae et *personalia* dici possunt, ideo, quod cum persona expirent. Haec vel respiciunt negotia *mere transeuntia*, seu *temporalia*, et a nutu principis mere dependentia, vel talia, quae *tractum temporis continuum* habent, et *perpetua* dici possunt, quod certo tempore non finiantur. Illa, quando committuntur officialibus, vel ministris, quocunque tempore reuocari posse, vix dubium habet. Huc pertinent *legati principum*, *iudices delegati*, *commissarii* ad negotia pacis vel belli, *visitatores*, olim *intercessores*, quorum fit mentio *in l. 42. §. 9. C. de Episc. et Cleric.* et *cap. 22. C. 7. qu. 1.* vt et *missi dominici*, qui a regibus olim ad monasteria et collegia mittebantur, vt inquirerent, rectene omnia, an secus, inprimis in ecclesiis et monasteriis, fierent, de quibus videatur VADIANVS *apud* GOLDAST. *tom. III. Alem. Rer. fol. 34. seq. et* LEHMANNVS *in*

in Chronico Spirensi lib. 2. c. 10. Huius generis ministri *simplicibus procuratoribus* æquiparandi sunt, qui ad negotia non *perpetua*, sed *transeuntia* tantum dantur, et sicuti hi reuocari quouis tempore possunt, ita quoque tales temporales officiales. Sic iudices delegati a papa vel principe ad certam causam simpliciter possunt omni tempore reuocari, etiam tacite, *per. cap. 28. verf. præterea X. de offic. et potest. iud. deleg. cap. 25. eodem*; et re non amplius integra, immo sine causa. Recte ait STRYKIVS *diss. de delegat. princ. cap. 5. n. 72. deleganti enim semper res est integra, neque causam habent conquerendi mandatarius aut litigantes: non ille, quia causæ cognitionem suscipit, non vi mandati, quatenus contractus est, sed imperii necessitate; non hi, quia eorum consensus iurisdictionem non tribuit.* Similiter legatos, plenipotentiarios, residentes, agentes, aliosque quouis tempore reuocari posse, adeo quotidiana experientia docet, vt in dubium vocari nequeat. Et quis ambigeret, *visitatores extraordinarios* æque facile hodie dimitti posse, vti olim *missi dominici*? Et tamen hi omnes æque sunt officiales principum, ac hi, qui *perpetuo officio* præficiuntur, quamuis *ad tempus* officium gerant, nec tantum finito negotio, sed etiam ante illud *pro lubitu* reuocentur, in quo plerique nobiscum conspirant.

§. XII. A *facilioribus* ad *difficiliora* progredior, h. e. ad eos officiales, qui officio *constanti*, *ordinario*, et *sua natura perpetuo* præficiuntur. Huius naturam et rationem plerique non satis perpendunt, vt lapis offensionis esse soleat, et plerorumque animis insit sententia, [illegible] ad *sua natura* restringere potestatem principis, vt reuocar[illegible] libere nequeat. Verum hic rursus casus *dubios* a *liquidis* separemus, animaduertentes, vtrum officiales sint constitut[illegible] *definite*, an *simpliciter*. Prius **De officialibus officio perpetuo præfectis.** **cum clausula ad beneplacitum.**

 fit,

sit, si vel clausula *ad beneplacitum* expresse concessioni officiorum adiicitur, vel illa ipsa ex aliis clausulis colligi potest. Si prius factum est, prout reges Galliae vtplurimum in more positum habere solent, vt hanc clausulam concessionibus suis addant: *tant qu'il nous plaira*, euidens est, principi semper liberam esse dimittendi facultatem. Haec enim est natura *beneplaciti*, cuius fit mentio *in cap. 5. de rescriptis in 6. et Aur. Bull. tit. XII. §. 2. in fin.* vt actus vel negotium in *merum* alterius *arbitrium* et *voluntatem* conferatur, vt ipse LYNCKERVS *de beneplacito sect. 1. cap. 2.* illud definit, adeo vt ne quidem causa eius alleganda sit, cum ex nudo voluntatis placito totum negotium dependeat, idemque sit, quod in iure dici solet, *arbitrarium*. Hinc beneplacitum nulli imperio, nulli impedimento aut necessitati subiacere, sed quandocunque reuocari posse dicitur, BARBOSA *in thesauro lib. 2. cap. 7. ax. 1.* exemplo locationis conductionis sub hac clausula: *quoad is, qui eam locasset, dedissetque, vellet*, factae, quae semper reuocari potest, et morte locatoris finitur: *l. 4. D. locat.* Quae cum ita sint, mirum est, doctores nihilominus facultatem, dimittendi pro lubitu officiales, restringere, adeo vt *sine legitima causa* id fieri non possit. Ex quo infert VINCENT. CAROCIVS *de locat. conduct. quaest. 12. n. 13. consulem ad beneplacitum positum non debere sine causa reuocari, quod talis concessio semper intelligatur arbitrio boni viri facta.* Verum ipsemet BARBOSA *c. l. axiom. 2.* recte ostendit, sub clausula *beneplaciti* non *arbitrium boni viri*, sed *liberum* contineri; quod eo magis de *principe* asserendum est, qui rationibus reddendis nemini est obnoxius, nec ad eum applicari potest, quod alias de *priuatis*, quando eorum voluntati, tanquam *arbitrio boni viri* quid relictum, iura disponunt. Quis enim principi desuper controuersiam moueret, et ab eo ex-

Qui pro lubitu dimitti possunt.

exquireret, vtrum iustam reuocandi causam haberet nec ne? quid quod hoc ipso tota vis huius clausulae in fumum abeat, et inanis sit. Nec obstat, quod officium, ad *beneplacitum* concessum, *perpetuum* reputetur; id enim non alio accipiendum est sensu, quam quod *sine temporis definitione* collatum sit, et ad mortem vsque durare possit, nisi princeps illud reuocauerit; minime vero quod officialis *ius perpetuum* et *radicatum* in illo officio habeat, vt ipso inuito auferri facile nequeat. Ita recte censet FRITSCHIVS *de resignat. cap. 4. n. 57.* et, *ex officio,* ait, *quod voluntate constituentis ex beneplacito defertur, officialis tale ius accipere non potest, vt inuito domino retinere queat.*

Vtut officium in perpetuum videatur concessum.

§. XIII. Idem quoque dicendum esse arbitror, si aliunde mens concedentis appareat, quod officialem ad beneplacitum, auf Wohlgefallen, constituerit; veluti si princeps sibi expresse facultatem dimittendi liberam reseruauerit, eandemque potestatem resignandi officiali dederit, daß ein Theil dem andern nach Gefallen, und da es seine Gelegenheit seyn solte, ein viertel Jahr zuvor die Bestallung schrifftlich aufkündigen möge, quam clausulam adducit DE LYNCKER *cit. diss. sect. II. cap. I. §. 2.* quaeque in constitutione assessorum Camerae adhiberi solet *per ordin. Cameral. de anno 1521. art. 6. §. 1.* Huc etiam referunt, si ex *mera gratia*, aus sonderbahren Gnaden, officium alicui concessum fuerit, quod itidem mere precarium est, quamuis rursus DE LYNCKER *c. l.* hoc casu non amplius nudam propensionem principis attendendam esse constituat, maxime si interuenerit factum quoddam reciprocum, veluti si officialis omnia circa examen et praestationes ceteras impleuerit.

Beneplacitum etiam ex aliis colligitur verbis

§. XIV. Scilicet qui vbique crepant: *officiales tales sine causa legitima dimitti non posse*, non distinguunt regulas *iusti* et

Tales officiales sine causa dimitti possunt

ex regulis iusti non semper honesti.

et *honesti*, et ad illas trahunt, quod *honestatis* tantum inculcant leges, quæ tamen in foro externo non necessitant, neminemque adstringunt, vt rationes sui actus reddere teneatur. Potest vtique princeps peccare *in conscientia*, si officialem, reipubl. admodum vtilem et necessarium, temere ex friuolis causis dimouerit; sed *regulas iusti* non violat, nec minister hoc modo dimissus de iniuria sibi facta conqueri, multo minus a principe exigere potest, vt rationes suæ dimissionis exponat, et quasi iudicio subiiciat, si vel maxime superior adesset, qui de iis cognoscere posset. Idem obseruauit in alia materia egregie THOMASIVS *in diss. de desert. ordinis eccles. §. 26.* ostenditque, ex ipsis protestantium theologorum pariter atque ICtorum principiis, desertionem talem ministerii *regulis honestatis* quidem repugnare, si *sine graui et iusta causa* suscipiatur, non semper *regulis iustitiæ*, id quod quoque ad hoc argumentum trahi potest. Proinde satis iniurii sunt in ipsum principem, qui post *dimissionem honestam* scriptis publicis eum traducunt, iniustitiæ accusant, et in tantam erumpunt vesaniam, vt etiam causas dimissionis suæ ab eo exposcere non vereantur, quo publice constet, se quasi *per iniuriam* esse dimissos, quo facto tamen nihil potest esse iniquius, et a sani hominis ratione magis alienum. Nec ii melius se expediunt, qui *vtilitatem publicam* dissuadere frequentes officialium mutationes regerunt, et inde euincere conantur, iniuriam fieri ministris dimissis; hi enim rursus confundunt regulas *iustitiæ* et *prudentiæ*, quæ tamen admodum differunt. Hæ tantum suadent, et *consilii* rationem habent; illæ vero necessitant. Assentior omnino ZAHNIO *in politia municipali lib. 2. cap. 33. n. 19.* dissuadenti principibus frequentes officialium mutationes, et perniciosas easdem reipubl. esse asserenti; arridet etiam, quam allegant communiter fabulam de responso, quod Æsopi vulpecula, a muscis valde

Nec semper ex regulis prudentia, quæ dissuadent frequentes officialium mutationes.

valde vexata, dederat erinaceo, opem suam pro eis depellendis promittenti: *hae saturatae parum sanguinis trahunt: si tu hasce excuties, famelicae aliae succedent, et quod mihi sanguinis restat, totum ebibent.* Quin et laudabile exemplum existimo TIBERII, qui tales eiurasse fertur mutationes, prout de ipso hoc refert ANT. DE PETRA *l. c. cap. 29. §. 5.* Sed hic etiam id, quod *consultum* et *prudentiae* est, ad *necessitatem iuris* non est trahendum, et non statim, quae incommoda quodammodo sunt, ad *iniustorum* classem referenda. Sic ex *regulis prudentiae* princeps legibus propriis se subiicit, *l. 4. C. de LL.* sed non ex *regulis iustitiae*, *l. 31. D. de leg.* Aliud omnino est quaerere: Ob er das befugt sey? et aliud: ob diß oder jenes zu rathen sey?

§. XV. Deuenio ad alterum casum, si hoc modo *definito* officium alicui delatum non est, sed *simpliciter*, sine expressione beneplaciti. Duo hic praemonenda esse censeo; 1) Officia et munera, quae alicui committuntur a principe, esse partem *solicitudinis principalis*, et radicaliter ad principem pertinere, *exercitium* tantum et *administrationem* eorum aliis committi; sicuti bonus paterfamilias est dispensator omnium *negotiorum domesticorum*, quae alias ipsemet subire, peragere, et perficere deberet, nisi necessitate pressus, vicariae aliorum operae ea committere cogeretur. Quibus autem paterfamilias ea committit, sunt nudi *administratores, procuratores*, et *institores*, nihil *proprii* in *administratione negotii* habentes, sed nude a *principali* seu *domino* dependentes, eius nutui subiecti, secundum quem expeditionem negotiorum instituere debent. Non errauero, si dixerim, officiales quoque esse *villicos reipublicae*, vti a CICERONE vocantur, *institores publicos*, non *sua*, sed *principis negotia* gerentes, instar *procuratorum* et *mandatariorum*. Recte MYLERVS AB EHRENBACH *in hyparchol. cap. III. n.* 85.

De officio simpliciter collato sine expressione beneplaciti.

Quae sit ratio officiorum publicorum?

85. *non enim*, ait, *officiali aliud conceditur, nisi saltem exercitium officii*, vt ostenderet, nihil *proprietatis*, vel iuris perpetuo quaesiti in id, quod *officium* vocamus, collatum censeri. Huc etiam collineant, qui aiunt, principem esse *dominum officiorum*, quod eodem est intelligendum sensu.

Conuentio quaedam in collatione officii intercedit inter principem et ministrum.

§. XV. Alterum, quod praemonendum est, respicit a) ipsam concessionis rationem, *conuentionemque*, quae inter principem et officialem intercedit. Talem enim reuera hic occurrere, vel inde liquet, quod et principis, et ministrorum ex hodierna officiorum collatione mutuus requiratur consensus; illius quidem ad *concedendum*, horum vero ad *accipiendum* officium. Illum vtplurimum princeps declarat per *vocationis literas*, hunc vero candidati officiorum vel edunt precibus ad principem directis, vel amplectendo gratiam in litteris vocationis expressam.

Vbi tamen distinguendum, vtrum subditi an extranei ad officium vocati?

Discrimen tamen est faciendum inter *subditos* ad officium vocatos, et *extraneos*; illis *iussu principis* officium *quodammodo* imperari potest, vt *quandoque* etiam suo modo inuiti illud subire teneantur, quod qua ratione intelligi debeat, explicat ZIEGLERVS *de clerito renitente*, quamuis rarior compulsio esse soleat. Hi vero *liberrima voluntate* oblatam vocationem ad officium amplectuntur vel repudiant.

Inter principem et subditum hic non contrahitur mandatum.

Priori casu si princeps subditis officium demandat, vix est, vt certam contractus speciem constituere queamus, quamuis quidam *locationem conductionem*, alii *mandatum* adesse credant, vid. HARPRECHT *Resp. 93. n. 77.*. Hoc negari nequit, negotium hoc quaedam de *mandato* participare, dum officiales tanquam principis procuratores considerantur: quia tamen non ita, vti inter *priuatos*, negotium hic geritur, nec, vt in mandato, principi beneficium datur, nec gratis negotium geritur, sed potius subditi per promotionem ad officium *beneficium* et *gratiam*

tiam a principe accipiunt, contractus *mandati* proprie huic negotio tribui nequit. Et quamuis *locationis* quoque speciem habere videatur, opera tamen ministrorum *mercenaria* aut *locari solita* dici nequit, nec salarium, quod iis soluitur, *mercedis* rationem habet. Alii ergo ad contractum innominatum, *facio vt des*, confugiunt, vtpote qui toties obtinet, quoties contractus certus designari nequit; quamuis hic rursus illud dubium superfit, quod inter principem et subditos, tanquam *aequales*, hic minime contrahatur, sed ille *auctoritate imperii sui* agere et procedere possit, h. e. non contrahat cum subditis, vt *par*, vt *aequalis*, sed vt *princeps*, vt *imperans* officium publicum committit subdito. Huc forsan collineat ZAHNIVS *in politia municip. lib. II. cap. 33. §. 8. et 9.* dicens: *negotium, quod inter ciuitatem et ciuem in conferendo officio publico geritur, non est iustitiae commutatiuae, vt contractus locationis conductionis, sed distributiuae.* conf. SCHILTER. *ex 37. §. 144.*

Nec locatio.

Nec contractus innominatus.

§. XVII. Quae cum ita sint, in nouam abiit sententiam MYLERVS AB EHRENBACH *in hyparchol. cap. 3. §. 32.* putatque, collationem officiorum in *voluntate principis* consistere, eaque regulariter *precario* conferre, adeoque pro lubitu eadem reuocare, et in eum, cui vult, iuxta ipsius beneplacitum transferre posse. Pergit *c. l. n. 100.* in munere collato omnia *precarii* requisita concurrere; *primo enim*, ait, *in munere publico commisso consensus interuenit vtriusque, tam dantis, quam accipientis, 2) accedit muneris traditio et immissio in functione collata, 3) quod munus concreditum pro lubitu concedentis reuocare liceat, quando voluerit*, h. e. collatio muneris ex *beneplacito* et *gratia principis* dependet, quod natura *precarii* requirit. Huic sententiae eo magis accedo, quod *natura officio-*

Sed precarium.

rum, et respectus, qui inter *principem* et *ministros* intercedit, aliud negotium vix admittant. Vnde litteræ solennes super collatione officii, die Bestallungs-Patente, a *solo Principe* conficiuntur, in iisque, quod *gratiose* collatio facta fuerit, exprimitur, non vero sic res agitur, vti quidem inter priuatos, qui contractum bilateralem ineunt. Nec obstat, quod precarium sua natura sit *gratuitum*, officium autem semper in se conditionem habeat *consueti salarii promissi*, BRVNNEMANNVS *ad l. 13. in fin. D. locati*, FRANZKIVS *ad cit. tit. n. 73.* GAILIVS *lib. 2. obseru. 23. in fin.* nam et precarium contractibus onerosis inesse potest, si ex *nutu et voluntate* vnius ex contrahentibus totius negotii vigor dependeat, quale quid in locatione precaria occurrit *l. 4. D. locati. l. 16. de peric. et comm. rei vend.* immo nec emtio precarium respuit. *l. 20. de precar.* Est enim precarium, *quod precibus petenti vtendum conceditur, tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur, l. 1. pr. de precar.* id quod in contractibus ab vno contrahentium expresse reseruari potest; multo magis ergo in principe, qui dum subdito officium confert, et *gratiose* ei salarium concedit, vt *princeps* cum eo agit, non vt *par* cum *pari* contrahit, et sic ita dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit, precarium soluere, vt dicitur *in l. 1. §. 2. de precar.*

Adeoque clausula ad beneplacitum officiis collatis semper inesse censetur.

§. XVIII. Liquidum inde est, clausulam ad *beneplacitum* collationi beneficiorum semper inesse ex natura rei, quamuis adiecta expresse non fuerit, vt censet MEVIVS *P. II. decis. 12.* adeoque si exprimitur, illud vnice, quod iam ipsi negotio inest, exprimi. Proinde, quæ supra de collatione officii *ad beneplacitum* dicta sunt, huc quoque referri debent, quia, vt ait MYLERVS *cit. l. §. 29. n. 84. reuocatio naturæ officii inest.* Obseruat id ipsum IOH. BAPTISTA LARREA *in allegat. fisc. 68. n. 19. et seqq.* et

et *precarium tacitum* hanc concessionem vocat, *sicut omnes principum gratiæ in dubio precariæ concessionis iudicantur.* confer. BOERIVS *decis. 149. n. 23.* MENOCHIVS *lib. 1. arbitr. iud. quæst. 55. n. 4.* BRVNNEMANNVS *consil. 97. n 1.* MYLERVS AB EHRENBACH *c. l. §. 33.* Idem obseruat ZIEGLERVS *de iurib maiest. lib. 1. cap. 29. §. 7.* vbi præmittit, totam magistratus potestatem tum *quoad esse*, tum *quoad operari* a summa dependere maiestate. *Potest enim idem ille*, pergit, *qui magistratum constituit, eundem iterum remouere* (vel accuratius loquendo *dimittere*, ne vocis duritie lector offendatur,) *et in priuatorum ordines redigere, potest eius potestatem ampliorem reddere, angustiorem, sublimiorem et infirmiorem*, PROVT IPSI LIBVERIT, INVITO ETIAM MAGISTRATV, *cui ne biscere quidem aduersus eiusmodi decreta licitum est.* Idem iam olim BALDVS *in l. rescripta n. 12. C. de prec. imper. offerr.* obseruauit, asserens; *magistratus quoad materiam et formam sunt de iure ciuili, et idcirco potest princeps eos ad libitum reuocare;* cum quo etiam faciunt autores allegati ab ANTON. DE PETRA *tr. de iure quæs. per princ. non toll. cap. 29. n. 1. seqq.* et ab OTERO *tr. de officialibus.* Quod vero CASP. KLOCKIVS *tom. 1. cons. 32. n. 15.* in contrarias abeat partes, censeatque, *officiales, quantumuis voluntarie et precario creatos, sine iusta causa reuocari non posse*, id ex erronea et supra iam notata confusione regularum *iusti* et *honesti* fluit, vt adeoque hic in censum venire non mereatur. Nam de *causa reuocationis* ipsemet iudicat, et arbiter est, et sicuti priuatus, qui *precarium* reuocat, *inhumanus* quandoque esse potest, vtut iure suo vtatur, ita et princeps conscientiæ suæ maculam inurere potest, reipubl. idoneum virum ex friuola causa subtrahendo, vtut iure suo id agat. Nec hic in castra pontificiorum secedimus, qui iudicio ecclesiastico de eiusmodi rebus, quæ *conscientiam* prin-

 cipis

cipis tangunt, cognitionem committunt, pro arguendo peccato. Tale enim iudicium non agnoſcimus, quamuis hi, qui curam animæ principis habent, hortatione, precibus, et admonitione ſubmiſſa in apertis et manifeſtis eiusmodi violationibus conſcientiæ contendere poſſint, ne tale quid fiat, vlterius autem progredi nequeunt. Nec obſtat, quod ita ſit fruſtranea et inanis diſtinctio adducta, inter officia, quæ *ad beneplacitum*, et quæ *ſimpliciter* conferuntur; nam re vera ſuperuacua eſt, interim, vt faciliora et magis liquida ab *illiquidis* et *dubiis* ſeparentur, e re viſum fuit, ſeorſim de vtroque caſu agere, præſertim cum prior poſteriorem illuſtret.

Illuſtratur doctrina adducta ex praxi antiqua.

§. XIX. Cum hac doctrina optime conſpirat praxis tum antiqua tum recentior quarumcunque rerumpublicarum Supra iam *cap. 1. §. 4.* oſtendimus, olim in Germania reges officiales quoscunque pro lubitu dimittere potuiſſe. Idem confirmat IO. TRITHEMIVS *lib. de orig. Franc. p 94.* his verbis: *in quibus ſingulis ferme prouinciis aut duces, aut comites rempubl. ſub poteſtate Francorum adminiſtrabant*, PRINCIPVM NVTV AMOBILES. Similiter HINCMARVS *libr. IV. epiſtol cap. 14.* de duce Thuringorum, Poppone, refert, *eum dignitatibus exſpoliatum et ducatum, quem tenuerat, Conrado commendatum, quem pauco tempore tenuit, et ſua ſponte reddidit, qui ſubinde Burchardo comiti commiſſus eſt*. Teſtatur quoque *Cardinalis* CVSANVS *in tr. de concordia cathol. lib. III. cap. 28. Duces comitesque ad nutum imperatoris remouibiles fuiſſe*, quod inter alios quoque obſeruat KLOKIVS *de contribut. cap. 4. n. 127.* aitque: *olim poteſtas magiſtratuum ad nutum Imperatoris reuocabilis, atque iam inde a temporibus* CAROLI M. *in imperio Romano principes et duces prouinciarum, caſtrorum, ac ditionum regimini non per-*

petua

petuo sed saltim temporaneo praepositi fuerunt, quemadmodum et ante CAROLVM M. *fuisse factum, argumento est cap 7. §. quia videmus, de his, quae in feud. dari poss.* Idem confirmant testimoniis antiquorum ITTERVS *de Feud. Imp. cap. I. §. 15. seq.* FRANCISCVS CONNANVS *in comm. Iur. Ciu. lib. 12. cap. 19. n. 5.* MYLERVS AB EHRENBACH *in Archol. cap. 7.* GRYPHIANDER *de Weichb. Sax. cap. 27.* Sic et hodie adhuc in regno Galliae omnes praefecturae prouinciarum a nutu regis dependent, quia quaeuis magistratus munia hac formula mandari solent: *quamdiu nobis placebit.* vid. MYLERVS *c. l. §. 3.* CONNANVS *c. l.* Nec in Anglia diuersum obtinere, tot mutationes et reuocationes ministrorum summorum docent, quorum exemplis recentior aetas plena est. De praxi Hispanica FONTANELLA *tr. de pactis nupt. part. 1. claus. 4. gloss. 18. n. 151.* postquam contrariam Dd. sententiam attulit, haec tradit: *His tamen non obstantibus, vidimus, non semel nostro tempore reuocasse suam maiestatem absque alicuius causae cognitione beneplacitum, quo durante quibusdam commendauerat officia, valde praeeminentia in prouincia, et licet a principio aliquod in prouincia, murmur audiretur, de supplicando rege, vt dignaretur, pro sua benignitate officia restituere, nihilominus tamen remansit negotium in eo statu, quod sortitae reuocationes fuerint suum effectum.* *et recentior.*

§. XX. Si *extraneus* ad officium publicum gerendum a principe euocatur, maior ratio dubitandi adest, an hic pro lubitu dimitti possit, cum non eadem hic, quae in *subditis* adducta est, occurrere videatur ratio, grauiusque praeiudicium tali ex *subitanea dimissione* imminere possit, ideo quod lares patrios reliquit, domicilium non sine fortunarum dispendio *Extraneus ad officium vocatus simpliciter dimitti potest.*

 mu-

mutauit, officio, cui in patria præfectus erat, vel præfici poterat, renunciauit, qui non potest non ex tali subitanea dimissione lædi, magnamque rerum suarum pati iacturam. Quo posito princeps non tantum *honestatis* et pietatis, sed etiam *iusti* regulas lædere videtur. Verum et hic ad rationem collationis respiciendum est; si *expresse* vel *tacite* ad *beneplacitum* concessum, vel sub clausula, auf eine vierteljährige vorhergehende Aufkündigung, principi ius reuocandi non deficit, vtut honestius et pietati conuenientius agat, si ex rationibus adductis non temere et facile, sed *ex magna* demum *causa* dimissionem decernat. Sed solent plerumque extranei ad officium vocati, variis pactis et stipulationibus, quas *Capitulationes* vocant, sibi prospicere, quibus etiam ligatur princeps, adeoque si liberum dimittendi arbitrium his ipsis restrictum est, citra *iniuriam* temere dimitti nequeunt, quamuis si officio suo non satisfaciant, præuia sententia in pœnam recte deponantur. Interim si contra datam fidem nihilominus dimittantur, remedium illis deest, quo principem cogere possint, vt fidem datam seruet. Ita censet in genere de *obligatione pactorum inter principem et subditos*, quales etiam sunt officiales quicunque, postquam officium susceperunt, VITRIARIVS *in Instit. I. N. lib. 2. cap. 14. quæst. 11.* et, *si per obligationem*, ait, *ciuilem intelligamus obligationem, quæ iuri naturæ est conueniens, et quæ approbatur vel comprobatur a iure ciuili, ciuiliter obligatur: si per obligationem ciuilem intelligamus obligationem, quæ a lege ciuili vim coactiuam accepit, non obligatur ciuiliter, ne quidem tanquam membrum cœtus, quia licet sit membrum cœtus seu ciuitatis, tamen est tale membrum, in quod translatum est ius integri seu omnia iura reliquorum membrorum, adeo vt a reliquis vniuersis obligari non possit; nec a se ipso, quia se ipso superior non est, sed tantum*

Nisi pactis et capitulationibus aliter cautum sit.

tum naturaliter, *vt tamen ex hac naturali obligatione nascatur actio*, *scilicet vt contrahens petere possit*, *et si rex facere velit id*, *quod conscientia*, *honestas*, *et æquitas dictitant*, *etiam cum effectu.* Nec enim hic assentiendum est HOBBESIO *in tr. de Ciue cap. VII. 12.* asserenti, principem per pactum subditis obligari non posse, quod receperit imperium a populo, et statim, atque id factum est, illum personam esse desinere, pereunte autem persona, omnem etiam perire obligationem, et sic iniuriam principem ciuibus facere non posse, cum iniuria nihil sit aliud, quam pactorum violatio. Hæc omnia ita comparata sunt, vt extremæ tyrannidi manus præbeant, principisque libertatem nimis iusto extendant. Desinit populus eo sensu persona esse, vt princeps in posterum, si cum aliis agit, eius personam suscipiat, tueatur, et repræsentet, vt quicquid ille agit, populus egisse videatur. Sed non desinit persona esse, multo minus singuli hunc respectum amittunt, si negotium inter ipsos et regem peragendum est, vnde adhuc princeps *obligationis* capax manet, quamuis ratione *executionis* inefficax sit, si cum *principe supremo* agitur. Conferatur GROTIVS *de J. B. et P. lib. 2. cap. 14. §. 7. et 8.* Maior difficultas nascitur, si quæstio de *Statibus Imperii* maxime *infirmioribus*, veluti ciuitatibus immediatis, mouetur, vbi contra datam fidem dimissi ad summa tribunalia Imperii prouocare, et restitutionem petere solent, quæ vtplurimum etiam facile decernitur. Cum enim hic omnis cogendi facultas non deficiat, facilius per iniuriam dimissus, impetrare potest, vt inuito senatu ciuitatis Imperialis in pristinum restituatur officium, nisi ciuitas iustam dimittendi causam ostendere possit.

§. XXI.

Ex vtilitate reipubl. etiam talis officiatus dimitti potest.

§. XXI. Inter tales caufas quoque refero, fi vtilitas reipubl. extinctionem eius officii vrget, vt neceffario dimittendus fit, quamuis hoc cafu merito indemnis feruari debeat. Equidem VITRIARIVS *c. l. quaeft.* vrget, exteros, qui bona fide contraxerunt, nullo iure cafus reipubl. ferre debere; fed regeri poteft, 1) quod, vbi femel officium fufceperunt, non funt amplius extranei, fed membra ciuitatis et fubditi, qui faluti reipubl. commoda propria poftponere debent: 2) quod omnis promiffio et contractus intelligi debeat fub claufula: *rebus fic ftantibus*; et denique 3) quod falus reipubl. fuprema lex effe debeat, cenfeaturque in omni contractu excepta, proinde talis dimiffio nihil *iniuriae* in fe contineat.

Quid fi interueniente pretio officia publica redemtat

§. XXII. Huc etiam pertinet cafus, fi officia publica *interueniente pretio* comparata funt, id quod intuitu lucrorum, ex illis percipiendorum vsque ad mortem, factum effe videtur. Non diffufe inquiram, an et quatenus regulis *honeftatis* hoc conueniens fit? fed id faltem monebo, regulis *iuftitiae* non aduerfari tale commercium, fi de cetero is, qui emit officium, habilitate debita praeditus eft. Nec exemplis deftituimur tam in *militia togata*, quam *fagata*, cum etiam Canonicatus hodie interueniente honorario comparari foleant, et in Gallia quaeuis officia venalia fint. Nemo dubitat, quin priuilegia titulo onerofo et pretio interueniente comparari poffint, quidni ergo et officia publica, fi *ius mere externum* intuemur? De his idem iudicium ferendum, quod in §. *anteced.* adductum eft, quodque alias doctores de reuocatione *priuilegiorum titulo onerofo acquifitorum* tradere folent, de quo ex profeffo agitur in diff. STRYKII *de priuil. titulo onerofo quaef.* et *Tom. III. Obferuat. Hal. 16.* Summa huc redit, fuadente *vtilitate publica*, de qua folus princeps decernit, haec officia reuocari poffe

posse, vt tamen dimissus indemnis seruetur. Si talis deficit causa, dimissio *iniuria* non vacat, quamuis MYLERVS AB EHRENBACH *in hyparchol. cap. 3. §. 23. n. 102.* cum PETRO BELLVGA hanc reuocationem officii adeo principis libero arbitrio subiiciat, vt non obstante, quod impetrans certo pretio tale munus acquisiuerit, nihilominus talis reuocatio fieri possit, *cum haec ad ius superioritatis pertineant.* Sane ab *iniustitiae* nota talis reuocatio citra causam facta excusari nequit, cum et principes fidem datam seruare teneantur. Hoc ad minimum aequum est, et lex naturalis postulat, vt *successor in officio* pretium, pro redimendo officio datum, restituat, quo casu non adeo de iniuria sibi facta conqueri potest, quod in Gallia moris esse solet.

§. XXIII. Denique restringi etiam potest libera facultas dimittendi ministros *per pacta* cum statibus prouincialibus inita: sicuti enim ciues in legibus fundamentalibus cum futuro principe paciſci queunt, ne citra eorum consensum priuilegia concedat vel tollat, ita etiam id quoad certa *officia publica* fieri potest, quo casu inique, consensu statuum prouincialium posthabito, dimissus refugium ad praedictos status habet, qui conuenientibus mediis; vbi dissentiunt, principem facile eo adducent, vt in locum, vnde deiectus est, restituatur. Denique et per *instrumentum pacis*, maxime in ecclesiasticis muneribus, restricta est potestas, vt principi integrum non sit officium tale extinguere, aut reuocare.

Aliter quoque restringi potest libertas dimittendi.

§. XXIV. De *obligatione successoris*, si pretio interueniente comparata sunt officia, etiam paulisper dispiciendum est. Equidem si verum est, quod defendunt nonnulli, turpem et iniquam esse venditionem officiorum, adeoque ipso

De obligatione successoris

facto nullam, res expedita foret, cum eiusmodi promissis heres stare non teneatur, quod declarat HERTIVS *diss. de pluribus hom. vnam pers. sustin. sect. I. §. 13.* Verum cum ab *iniustitia* hanc negotiationem iam vindicauerimus, videndum est, vtrum principatus titulo *vniuersali* seu *successiuo*, an *particulari* et *singulari* deferantur. Priori casu heres obligatur facto defuncti, eademque obtinebunt in successore, quæ antea de ipso principe officia vendente dicta sunt. KVLPISIVS *in colleg. Grotian. exercit. 7. §. 4.* Posteriori vero *directo* successor ex contractu a defuncto inito non ligatur, cum ius suum non a defuncto habeat, mediante successione, sed *nouo* prorsus *titulo*, vel *electione*, vel ex alio *pacto publico*, nisi ostendi possit, pretium pro officio persolutum in rem ciuium vniuersæque reipublicæ versum fuisse: quod illustratur ex illis, quæ GROTIVS *lib. II. cap. XI. §. 11* tradit. Et licet MATTH. DE AFFLICTIS apud OTERVM *de officialibus cap. XIII. n. 29.* asserat, notarium electum per archiepiscopum pro vita ipsius notarii, non posse per successorem in archiepiscopatu remoueri, facile tamen liquet, hoc fluere ex principiis supra iam refutatis, reiectisque.

Grauiora dubia moueri solent circa dimissionem sacerdotum aulicorum.

§. XXV. Quia vero *in cap. I. sacerdotes aulicos* etiam classi *ministrorum principis* et *officialium* inseruimus, facile quidem ex hactenus dictis colligi potest, quid de horum *honorifica dimissione* sentiendum sit; quia tamen ex nouis prorsus argumentis hæc in dubium vocari solet, speciatim de illa agendum erit. Non tantum enim varia argumenta in DEDEKENNI *consiliis* contra talem dimissionem occurrunt, sed ante paucos annos etiam theologi pariter atque ICti non incelebres academiæ cuiusdam celeberrimæ eam improbarunt, idque vnice egerunt, vt principi ius dimittendi sacerdotem aulicum prorsus adime-

rent

rent. Occaſionem huic reſponſo dedit theologus, qui per plures annos principi imperii tum a confeſſionibus, tum a concionibus fuerat, in templo aulico, qui cum conſilium mutandi hunc confeſſionarium, quod ipſi non potuit non eſſe integrum, ſaluo eius officio, ceterisque prærogatiuis, ceperat, ægre id ipſum admodum tulit ſacerdos aulicus, turbasque non leues dedit. His tamen non obſtantibus, princeps pro ſua inuſitata clementia indulgentius cum eo egit, eumque ſedulo adhortatus eſt, vt a propoſito deſiſteret, quod cum impetrare ab eo non poſſet, autor ipſi fuit, vt prouinciam mutaret, et reditibus quibusque ſaluis, *munus eccleſiaſticum* in alia eccleſia ſuſciperet, non minus honorificum, quam lucroſum. Cum vero et hoc conſilium variis artibus eluderet, gratiamque principis ſui vilipenderet, tandem princeps ſolennibus litteris dimiſſionem ipſi intimauit. Quas vero turbas ea de re poſtea mouerit, tam ſcriptis publice editis, quam aliis conſiliis peſſimis, præſtat potius ſilentio præterire, quam fuſius hic enarrare. Obtinuit tamen quorundam ICtorum et Theologorum pro ſua cauſſa aſſenſum, vt facile fieri ſolet, ſi merita cauſæ, et fundamenta non recte proponuntur.

Generalis aſſertio qua hoc ius dimittendi ſacerdotem aulicum principi denegatur, affertur.

§. XXVI. Generatim videlicet negarunt ſummo principi, ſi vel maxime epiſcopus ſit, facultatem dimittendi miniſtros eccleſiæ, citra iuſtam cauſam his verbis: Wie in eines rechtmäßig beruffenen Predigers Willkühr nicht ſtehet, ſeine Ihm einmal von GOtt dem HERRN anvertraûte Gemeinde ohne beſt fundirte Urſachen zu deſeriren, quod pluribus firmat Cancell. OSIANDER *in theol. caſuali. part. 5. cap. 2. p. 515. ſeqq.* alſo ſtehet auch in keines Menſchen, auch nicht des Patroni, ja nicht einmal in des epiſcopi und principis ſummi alleiniger willkührlicher Gewalt ohne rechtmäßige Urſach einen ordentlich beruffenen Diener zu verſtoſſen,

et examinatur. oder von seinem Amte zu remouiren. Mirum est, 1) quod principi adscribatur *qualitas episcopalis*, et tamen hæc iurisdictio in clericos in dubium vocetur: 2) potissimum hic quæstio formanda est de *sacerdotibus aulicis*, de quorum dimissione potissimum eo tempore disputatum fuit, in quibus peculiaris omnino ratio adest, quod *ministri principum* sint; de ceteris pastoribus diuersa est ratio, quippe qui proprie non ministri *principis*, sed primario *ecclesiæ particularis* sunt, a qua vocantur, cui inseruiunt verbi Dei prædicatione, et sacramentorum administratione, et ad quam ordinantur, licet de cetero a principe confirmentur, et eius subsint inspectioni. Ecclesiæ autem particulari, vt cœtui priuato, eadem libertas et potestas, quæ principi in suos ministros, minime competit. Sunt enim pastores vocati ad ecclesiam particularem, confirmati a consistorio vel principe, cui quoque de officio suo reddere rationes tenentur, et consequenter illud iis, priuato ausu, ab ecclesia adimi nequit per *dimissionem*, cum principi intersit, ne temere ab ecclesia dimittantur et reuocentur. In hoc sane *liberior* agendi *facultas* est, quippe qui sibi et in vsum aulæ, tanquam *familiæ suæ priuatæ*, vocat pastorem, eumque dimittit, si rationibus suis id conuenire videat, quamuis rationem Deo redditurus sit, si temere dimissionem suscipiat. 3) Thesis adducta non intelligenda de *remotione* proprie dicta, sed de *simplici dimissione*, et officii ecclesiastici, quod pastor aulicus in palatio principis hactenus exercuit, simplici reuocatione. 4) Addo et hoc, non quæri hic de *regulis honestatis*, sed de *regulis iustitiæ*, cum illæ omnino velint, postulentue, ne Theologus principi vtilis temere dimittatur. Sed de hac causa arbitrium iudicandi soli principi relictum est. Si ad *remotionem* esset deueniendum, Consistorio res demandanda esset: ast *simplex dimissio* talem processum non desiderat. 5) Aiunt quidem, ministrum ecclesiæ re-

resignare non posse, citra iustam causam: quod omnino admitto, sed quis iudicat de tali causa? ipsi scilicet resignantes, qui suæ conscientiæ iudicio hanc rem subiiciunt, si *vocationem diuinam* esse credunt, adeo vt non desint, qui existimant, sacerdotem aulicum, reclamante principe, discedere posse, si putet, et in conscientia se conuictum credat, vocationem esse diuinam, quod DEDEKENNVS *vol. I. P. 2. sect. 9. n. 4.* et SPENERVS *in consil. theol. germ. p. 1. c. 2. art. 2. sect. II. qu. 3. p. 383.* adstruunt, quo posito resignanti plus iuris competeret in resignatione, quam principi in honorifica dimissione.

§. XXVII. Sed pergo ad ipsa argumenta. Primum petitur ex *dignitate Ministerii*, quodque *immediate a Deo* vocentur, et ita immediate a Deo dimitti debeant, his verbis: GOtt hat das Predigt-Amt gestifftet, seine Kirche zu pflantzen und zu bauen, und deme soll auch die Obrigkeit selbst, um des Gewissens willen unterthänig und gehorsam seyn. *2. Cor. V.* GOtt berufft auch noch heute die Prediger als das Ober-Haupt der Kirchen. *Esaia XLI, v. 27. Matth. XXIII, v. 44. Actor. XV, 24.* So daß sie da sitzen wahrhafftig an GOttes statt, so lange Sie ihr Amt recht führen, *Matth. X, 20. Marci IX. Luc. XX. Ioh. XIII.* Seynd sie nun von GOtt gesetzet, wie soll dieselbe ein Mensch nach seinem blossen Willkühr verstossen können? *Vti enim ius vocandi ministros ecclesiæ principaliter ad solum Deum etiam in mediata vocatione, ita quoque ius remouendi principaliter ad solum Deum pertinet, etiam in mediata remotione 1. Sam. II, 20. Os. IV, v. 6.* GERHARD *in loco de Ministr. Ecclesiast. sect. 16. §. 174.* *Cancellarius* OSIANDER *dicto l. pag. 519.* Est hæc illa ipsa *independentia*, quam *cap. 1. §. 13.* iam paucis perstrinximus. Ipsum officium ecclesiasticum a Deo vtique est institutum, quo intuitu sunt et dicuntur *ministri* DEI, quia *diuinum ministerium*

Primum negantium fundamentum ex immediata vocatione petitur,

et examinatur.

ſterium peragunt. Sed admotio certi indiuidui ad hoc officium eccleſiaſticum non fit *immediate* a Deo, ſed hoc confertur paſtoribus, vel a *principe* vel ab *eccleſia*, quo intuitu *miniſtri eccleſiæ*, ſeu *vniuerſitatis*, et *principis* audiunt. Etiam poteſtas magiſtratus, patrum, immo et ſanandi facultas eſt a Deo, et diuinæ ordinationi accepta ferenda: quis vero diceret, principes, magiſtratus inferiores, patres, medicos immediate a Deo conſtitui, et ſic etiam magiſtratum inferiorem immediate a Deo remouendum eſſe, non a republ. aut principe, quod Romica XIII. dicatur, es iſt keine Obrigkeit ohne von GOtt. Deſino plura hic addere, poſtquam HVGO GROTIVS et THOMASIVS, *cap. 1. §. 13.* allegati, ſolide hoc argumentum refutarunt, quibus addi poſſunt, quæ *Dn.* PRAESES *in tr. iuris eccleſ. Proteſt. lib. I. tit. 33. §. 31. ſqq.* de *dependentia miniſtrorum eccleſiæ*, ex SPENERI doctrina adduxit. Præterea duæ propoſitiones admodum dubiæ in adductis verbis occurrunt, 1) quod princeps Clericis ſubiectus ſit, quod pontificii quidem vrgent, ſed a doctrina proteſtantium alienum eſſe debet, præſertim cum principem *epiſcopum* conſtituant, qui tamen Clericis inferioribus ſubiectus dici nequit. 2) Quod miniſtros eccleſiæ vocent das Ober-Haupt der Kirchen, quæ locutio ſimplicitati primitiuæ eccleſiæ aduerſatur, ſecundum quam miniſtri *dependentes* erant, non *capita ſuprema*; et quamuis ex ſtatu illorum temporum, quo a *republica* prorſus derelictæ erant eccleſiæ, præfectura quædam presbytero conceſſa eſſet, ab ipſa eccleſia ſeu vniuerſitate fidelium; illa tamen non *independens* erat, ſed rationibus reddendis obnoxia. Nec illa hodierno miniſterio amplius attribui poteſt, poſtquam eccleſiæ in tuto ſunt collocatæ loco, et conſiſtoria in republ. erecta, quæ hanc præfecturam exercent, prout differentiam inter *hodiernum miniſterium*, et *antiquum presbyterium* plenius oſtendit *Dn. Præſes in Iure Eccleſ. Proteſt. lib.*

An princeps clericis ſit ſubiectus?

An miniſtri eccleſiæ recte dicantur capita eccleſiæ?

I.

I. tit. 24. §. 18. sqq. Hoc enim ex antiquitatibus euidens eſt, negotia eccleſiaſtica ſub perſecutionibus, coram *toto cœtu fidelium* eſſe excuſſa ſub examen reuocata, et deciſa, cui conuentui Epiſcopus præſidebat, et ſic coniunctim cum populo agebat, prout eleganter oſtendit DAVID CLARCKSON *in traité Hiſtorique de l'etat primitif de l'Epiſcopats, cap. 9. pag. 182.* inquiens: *Du temps des Apotres, et pluſieurs Siecles apres, tout le Peuple, qui etoit ſous l'inſpection d'un Eveque, s'aſſambloit ordinairement non ſeulement pour le culte divin, mais pour les affaires de l'Egliſe. Tous les Actes publics paſſoient dans des Aſſemblees compoſées de tout le Peuple, qu'on ne manquoit jamais de conſulter; de ſorte que les Suffrage du Peuple etoit neceſſaire auſſi bien que ſa Preſence; rien ne pouvant etre determiné, ſans qu'il en eut Connoiſſance, et qu'il y donnât ſon Conſentement. Cette pratique avoit lieu non ſeulement dans l'Election des Officiers, mains dans les Ordinations, et dans les Cenſures; lors qu'on admettoit de nouveaux Membres, et que les penitens etoient reconciliez à l'Egliſe, et dans les Diſcuſſions, et Conſultations ſur d'autres cas particuliers. C'eſt dequoi l'on trouve des preuves inconteſtables dans les anciens Ecrivains, et particulierement dans preſque toutes les Epitres de St. Cyprien, qui nous donnent une idee plus exacte du Gouvernement eccleſiaſtique, ſur le pié qu'il etoit dans ces temps la, que quantite de gros volumes du Siecle ſuivant. Les Ecrivains modernes de tous les Partis, qui connoiſſent le mieux l'Antiquité, en tombent tous d'accord. Or ce principe une foi etabli comme certain, qu'on ne determinoit rien d'important dans l'Egliſe ſans la participation et le conſentement*

du

du peuple, on ne sauroit nier, qu'anciennement la charge d'Eveque ne fut renfermée dans des bornes aussi etroites que nous l'avons representée. Car il est aise de concevoir comment le peuple a pu faire usage de ce Priuilege la, tandis que l'Eveque n'a eu qu'une seule Eglise sous sa direction. Sed postquam hodie negotia ecclesiastica non amplius apud ecclesiam, seu vniuersitatem fidelium, peraguntur, præfecturam quoque et præsidatum talem pastores nostri, tanquam *capita ecclesiæ*, sibi amplius adscribere non possunt; quin potius consistorio huius rei cura datur. Sunt hodie reuera *doctores*, quorum non est *imperare*, sed *ministerialem potestatem* exercere; *iuxta præscriptum eius*, vt ait ZIEGLERVS *de iuribus Maiest. lib 1. cap. 13. qui contulit et commisit et non in cogendo, sed in dirigendo consistit, qualis est doctoris in auditorum, medici in ægrotum. Dicuntur tamen et ipsi hi ministri suo modo regere, scil. dirigendo, docendo, arguendo, exhortando, et modis similibus, quemadmodum et pascere dicuntur* ποιμαίνειν, *Actor. XX, 28. quod Vulgatus vertit regere, ita et præesse dicuntur 1. Thessal. V, v. 12. 1. Thimoth. V, v. 17. sed pari sensu, quo pascere et regere. Et sunt sane suo modo præsides, rectores et duces gregis, quod fidem et mores religione christiana dignos attinet.*

Alterum argumentum dissentientium, quod magistratus tantum ministerialiter concurrat ad electionem, refertur.

§. XXVIII. Alterum argumentum petitur ex eo, quod magistratus vt *nudum* quoddam *instrumentum* vocet pastores, quod etiam sine dubio de *aulicis sacerdotibus* intelligendum est, et inde ita inferunt: Es berufet zwar auch heut zu Tage die Obrigkeit die Prediger, aber nicht als Herr des Predigtamts, sondern nur ministerialiter, als ein Mittel, Werkzeug und Diener GOTTes, TARNOV. *de SS. Minister. L. 3. c. 4.* GERHARD. et OSIAND. *dd.*

ll. AVIAN. *apud Dedekennum pag. 919. n. 4.* und darum folget nicht, weil die Obrigkeit Macht hat Prediger zu berufen, so hat Sie auch Macht sie zu beurlauben, oder abzuschaffen; vti commune quidem axioma sonat: eius est dimittere, cuius est vocare, TARNOV. *d. l.* quod tamen pseudo-politicorum principium post alios appellat OSIAND *d. l.* denn weil die Obrigkeit hierinnen nicht anders, als ein Werkzeug GOttes operiret, so mag dieselbe auch die Personen aus dem Amte mit Recht nicht verstossen, so lange der Allerhöchste dieselben darinne leiden mag, und nicht sebst verwirfft, GOtt verwirfft aber allein die Personen, welche sein Wort verwerffen. *Hos. IV, v. 6 1. Samuel. II, v. 30. et XV. v. 23. seqq 2. Paralipom. XVI, v. 2.* das ist, die ihr Amt nicht ausrichten nach GOttes Befehl, wie solches gar schön deduciret D. IOACH. MORLIN apud DEDEKEN. *vol. 1. part. 3. pag. 912.* et M. CHRISTOPH. AVIAN. apud DEDEKEN. *d. l. p. 919. seq.* id ipsum per rationes et exempla egregie confirmans, und eifert derhalben mit gar strengen und harten expressionen wider diejenigen, welche ihren Pfarrer alleine aus Gram vertreiben, nicht unbillig der theure Rüstzeug GOTTES LVTHERVS selbst *tom. 8. Ien. fol. 107.* Eodem argumento vtuntur hi, qui asserunt, maiestatem *immediate* conferri a Deo, et populum saltem ministerium ad hoc præbere in decernendo personam, cui Deus maiestatem *immediate* infundat. Quanta autem hæc sententia laboret absurditate, ex professo tradidit BVDDEVS, *Theol. Ienesis meritissimus, in diss. de concordia relig. Christ. statusque ciu. cap. IV. §. 6. seq.* id quod etiam de adducto argumento dici potest. Rectius sine dubio philosophatur HVBERVS *de iure ciuitatis lib. 1. sect. 5. cap. 8. §. 13.* et *certum est*, ait, *nihilo plus iuris habere presbyteria, quam ipse cœtus credentium, a quo ius suum ad curanda, quæ a multitudine commode administrari nequeunt, adipisci debet, habet.* *et examinantur.*

Sunt functiones ecclesiasticæ ecclesiis quibuscunque commissæ, et a Deo datæ, quas ordinis gratia cum singula expedire nequeant, vni, vel pluribus committunt, vt *publico omnium nomine et auctoritate omnium* exerceant, vt ait CONRINGIVS *ad Lampadium part. 1. §. 25.* quod olim etiam asseruit TERTVLLIANVS *de exhort. castit. cap. 7.* Eamdem sententiam fouet BVDDEVS *in inst. theol moral. part. II. cap. III sect. VIII. §. 3.* inquiens: *Præterea et ipse Deus verbi diuini ministros vocat, quod olim quidem aliquando fecit immediate, quo pacto Moses, et plurimi prophetæ veteris testamenti, et in nouo Apostoli vocati sunt. Hodie autem mediate id facit, per ecclesiam, cui Deus ipse hanc facultatem concessit, idque ex natura etiam et indole ecclesiæ patet, quippe cui, ceu sponsæ, bonorum spiritualium administratio, adeoque et constitutio eorum, qui eiusmodi bonorum dispensatores esse debent, merito concredita censetur. conf. Matth. XVIII, v. 17. 1. Corinth. IV, 1. Accedit praxis veteris ecclesiæ. Actor. I, 15. VI, 2.* et in notis ** sequentia addit: *Falluntur enim, qui et hodie immediatam vocationem requirunt, quæ Weigelianis tribui sententia solet. Nec necesse fuisset, vt Apostoli docuissent, quinam et quomodo vocandi et constituendi essent ab ecclesia, verbi diuini ministri, si immediata vocatio semper obtinere debuisset: factum autem hoc ab Apostolis, constat ex 2. Timoth. II, 2. Tit. I, 5. seq. Ceterum immediata vocatio non ea tantum vocatur, quæ fit a Deo, nomine interueniente, sed et quæ interuenientibus quidem aliis, at ita peragitur, vt Deus αὐτοπροσώπως vel conceptis verbis, vel signo externo, aliquem sacro officio a se destinatum declaret, quo pacto et Matthias immediate recte ad apostolatum vocatus dicitur, etsi hoc factum*

sit

ſit intercedente ſorte, *Actor. I*, *24*. Quemadmodum vero nihil intereſt, vtrum eccleſia ex *pluribus* an *paucioribus* conſtet, *ſed vbi tres*, *eccleſia eſt*, *licet laici*, vt ait TERTVLLIANVS *c. l.* ita *domeſticæ eccleſiæ* etiam *veræ eccleſiæ* ſunt, quatenus ſeparatum cœtum inter ſe conſtituunt, et ſic paterfamilias, qui eam eccleſiam ordinat, functionem eccleſiaſticam, etiam vni vel pluribus committere poteſt, quemadmodum olim ipſimet patres familias *ſacra* faciebant. Tales eccleſiæ in ſuis ædibus, vbi *publicæ* deficiunt, quilibet paterfamilias conſtituere poteſt: tales olim in *caſtris* et *villis* magnates, extruendo oratoria, adornarunt: denique tales etiam principes in ſuis palatiis, pro ſe, et familia ſua aulica, ab antiquiſſimis temporibus erexerunt, quibus ab antiquo eodem poteſtate, qua ceteræ eccleſiæ præfecerunt ſacerdotes, qui rem diuinam ibidem facerent, tanquam *de menſa eius* et *miniſtri*, prout ſupra euictum eſt, et ex THOMASSINO illuſtrat ESPEN. *p. II. iur. eccl. tit. 18. c. 4. n. 14.* aiens: *præcipuum ſcopum ſacellorum regiorum fuiſſe*, *vt ibi presbyteri diuinum officium perſoluerent*, *cui principes cum ſua familia poſſent aſſiſtere.* Si ergo ſunt *miniſtri principum*, vti reuera ſunt, illos dimittendi facultas ei denegari nequit; quamuis id denuo repetamus, principem contra *regulas honeſtatis* et *prudentiæ* agere, ſi ex friuolis cauſis, et temere illum reiecerit, quod tamen conſcientiæ principum committendum eſt.

§. XXIX. Tertium argumentum huc vergit, dimiſſionem talem ſine cauſæ cognitione, et ſententia iudiciali ſuſcipi, adeoque omni iure aduerſari. Aiunt: *reuocant alias cauſas eas ad duas claſſes*, *defectus nempe facultatis*, *vtiliter inſeruiendi*, *et defectus voluntatis*, *ſiue operum miniſterialium neglectus intole-*

Tertium argumentum diſſentientium.

tolerabilis. *Ad primam classem referunt tum sanae doctrinae corruptelam, errores, pugnantes cum fundamentis fidei: tum organorum necessariorum priuationem. Ad alteram classem reducunt tum enormem in demandati muneris partibus exsoluendis negligentiam, tum vitae et morum turpitudinem, siue ecclesiae tantum scandolosam, siue etiam ciuiliter damnosam.* GERHARD. OSIAND. GERLACH, dd. *ll.* TARNOV. *lib. 3. cap. 5.* CARPZOV. *d. l. def. 112. Opus autem et hic est exacta causae cognitione, et quae alias in legitimo processu obseruantur, eadem et hic obseruanda veniunt,* CARPZOV. *def. III. modo laud.* GERHARD. TARNOV. OSIAND. dd. *ll. vbi pluribus hac de re. Inde minister ecclesiae super causa praetensa non auditus, non defensus, non sufficienter conuictus, remoueri a nemine potest. Egregie hanc in rem Facultas Th. Witteb. part. 2. pag. 193. vbi:* So hat man Euch nie gehöret, vielweniger überführet, man hat es auch nie ad iudiciariam ventilationem kommen lassen, sondern non auditum, non conuictum condemniret, und vom Dienste abgesetzet, welches wider alle göttliche und menschliche Rechte, und soll man nicht also wider den geringsten Vorstehern, auch nicht wider einen Sauhirten, vielweniger wider die, so an Christi statt unter uns seyn, GOttes und des Allerhöchsten Mund-Bothen, und Gesandten, und unsern Seelen-Hirten so verfahren. Richtet unser Gesetz auch einen Menschen, ehe man ihn verhöret? Hoc dubium iam remotum est *cap. 1.* ibique ostensum, *remotionem* et *dimissionem simplicem* in pace factam, toto coelo differre, atque illam quidem, non hanc sententiam iudicis requirere, adeoque incongruum argumentum esse a *remotione* ad *dimissionem.* Vix ferendum est, ministris ecclesiae facultatem resignandi sine *causae cognitione* et *sententia iudiciali* competere, quod omnes fatentur, et tamen principi potestatem adimendam esse, mutandi sacerdotem aulicum, eumque dimittendi, non per *modum poenae*, sed ex iure sibi competente, quod in officia commissa habet

habet. Quod vni iustum est, alteri quoque iustum esse debet, et sicuti sacerdos aulicus resignando nequidem *causas resignationis* iudicio principis, eiusque decisioni submittit, sed suæ conscientiæ tribunali eas subiicit, prout Theologi contendunt, adstruuntque, quis inuideret principi, si suæ conscientiæ confisus mutandi sacerdotem aulicum consilium susceperit? Equidem hic prouocatur ad auctoritatem LVTHERI, qui in simili casu *tomo 5. Ienensi fol. 928.* ita ait: Beweget sie solche Vermahnung zwischen euch und Ihnen alleine nicht, so zeiget ihnen an, ihr wollet solches dem Volke öffentlich und von der Canzel ohn angezeiget nicht lassen, schreibet auch daselbsten eine Formul vor, und in derselben diese formul: bedinge hiemit, daß diese Pfarre meine sey, und mir befohlen ist das Predigt-Amt zu besorgen und zu bestellen, wil solches Amt auch nicht lassen übergeben, aber weil es mir mit Gewalt genommen und abgedrungen wird, wil ichs leiden, und mir es lassen geraubet und genommen seyn, und also eine zeitlang weichen von hinnen, bis mir es GOtt wieder einräumet, wil indessen zusehen, wer so durstig seyn wil, der sich in meine genommene und geraubte Pfarre setzen darff, und mit was Gewissen er mein Amt besitzen möge. Sed sicuti circumstantias peculiares huius adducti casus excutere iam quidem non vacat; ita binis verbis tantum addo, hic non quæri de *iure ecclesiæ priuatæ* in dimittendis ministris, sed de *iure Principis*, maiori præditi auctoritate, adeoque adhuc inquirendum fuisse, an ecclesia sui iuris fuerit, an vero sub potestate superioris, qui de *iniquitate remotionis* cognoscere potuerit? denique ex verbis adductis liquere, magis de *iniusta remotione*, quam *simplici dimissione* actum fuisse.

Mouetur dubium ex doctrina Lutheri.

resoluitur

§. XXX. Forsan etiam his addi posset noua ratio dubitandi ab *ordinatione ministrorum ecclesiæ* petita, quæ ex hypothesi pontificiorum illis *characterem* quendam *indelebilem* impri-

Noua ratio dubitandi a virtute ordinationis petita.

primit, a qua hypothesi nec nostrates in conclusionibus abstinent. Praeterea constituunt, per *ordinationem* contrahi matrimonium quoddam spirituale cum ecclesia, quod passim patres antiqui vrgent. vid. *c. 4. C. 21. qu. 2. c. 11. l. 7. q. 1.* matrimonium autem tale ab homine dissolui nequit, prout INNOCENTIVS III. in *c. 2. X. de translat. Episc.* philosophatur, aiens: *cum fortius sit spirituale vinculum, quam carnale, dubitari non debet, quin omnipotens Deus coniugium, quod est inter episcopum et ecclesiam, suo tantum iudicio reseruauerit dissoluendum.* Inde cum aliquando Nobilis in praedio suo, oratorio priuato instructo concionatorem domesticum, einen Haus-Prediger, assumsisset, qui tamen nec ordinatus erat, nec sacramenta ibi administrabat, sed tantum concionando, docendo precesque fundendo, ei, et familiae ipsius inseruiebat, iudicatum fuit eum pro lubitu a nobili rursus dimitti posse; non obstantibus exceptionibus, quas contra *dimissionem priuatam* faciebat. Idem illustrari potest ex casu fere simili, in quo sequens responsum conceptum est.

Hat Jacob Hertzbergers Wittwe A. 1681. ein Testament gemacht, und unter andern der Kirchen daselbst 400. Rthlr. dergestalt verordnet und legiret, daß dieselben an einen gewissen Ort als zinßbar beleget, der Herr Capellan derselben Kirchen einer oder der andere den jährlichen Zinß 24 fl. davon geniessen, und hingegen alle Sonnabend, und so offt Beichte gesessen würde, eine kurtze Predigt ablegen solte; da aber keiner von den Capellanen solches auf sich nehmen möchte, die drey obersten Pfarrere des Ministerii volle Macht haben solten, solche Verrichtung gegen Geniessung der jährlich 24. fl. Zinsen nach ihrer Beliebung entweder der andern Capellanen einem, oder einem gelehrten Schul-Collegen, oder wen sie sonst darzu vermögen könten, aufzutragen, laut der uns zugeschickten Beylage sub lit. A. Darauf die

die Vorstehere bemeldter Kirche Ao. 1666. M. Steinfelden Ao. 1669. Johann Richtern, und nachdem solcher abgedancket, A. 1674. Friederich Nicolai, Schul-Collegen alldort, zum Sonnabend-Prediger bestellet, wie des leztern Beylage sub lit. B. weiset, welchen auch nicht allein obbemeldete 24. fl. sondern auch noch andere Legaten-Gelder, so über bemeldte 24. fl. dem Sabbathario laut Beylage sub C. von Caspar Heinrich Hertzbergers Wittwe legiret worden, genossen. Hat nun der bißherige bloß zum Predigen bestellte, nicht aber vocirte und ordinirte Sonnabend-Prediger ein sehr schlecht donum concionandi und erbauet bey der Gemeine wenig, deßwegen Er denn auch gantz keine Zuhörer hat, und die Beicht-Kinder sonst nach erhaltener absolution in andere Kirchen gehen müssen; und wollen Sie dahero belehret seyn.

> Ob sie die mit Herr Friederich Nicolai wegen Ablegung der Sonnabends-Predigten aufgerichte Bestallung wieder und ipso inuito aufheben, und einen andern bey so bewandten Umständen erwählen, vociren, conformiren und ordiniren lassen können, oder nicht?

Wann nun gleich eingewand werden möchte, daß der jetzige Schul-College Nicolai einmahl zu solchem Dienste gebührend bestellet, und ihm an seiner Lehr und Leben nichts vorgeworffen werden mag, folglich demselben das durch die einmahl erhaltene Bestallung erlangte ius quæsitum ohne sein Verbrechen keinesweges zu benehmen, indem zumahln einem Patrono ecclesiæ nicht frey stehet, einen einmal bestellten Diener GOttes wiederum pro lubitu abzusetzen und einen andern zu erwählen.

CARPZOV. *Jurispr. Conf. l. 1. def. 41.*

Dieweil aber dennoch von demjenigen, was sonst in genere von Absetzung der Prediger bey denen Rechts-Gelehrten ausgemacht und je-

Cap. plerisque 7. X. de Pact.

und also wenn gleich Nicolai ein ius quæsitum aus der ihm gemachten Bestallung hätte, solches contra vtilitatem ecclesiæ dennoch wenig Kraft haben könte, zumaln in dieser Sache besagter Nicolai nur pro interesse pecuniario sorget, welches iedoch dem interesse totius ecclesiæ auf keine Art und Weise vorgezogen werden mag, Er auch in effectu pro solo mandatario zu achten, foglich solches mandatum von denen Herren quocunque tempore wohl kan revociret werden;

§ 9. I. mandat.

auch darwider nicht hindert, daß ein mandatum gratuitum ist, besagten Nicolai aber ein jährlich Gehalt vor seine Mühe versprochen, indem bekant, quod etiam honorarium in mandato possit interuenire.

L. 6. D. mandat.

Endlich da die Herren einen rechten Prediger zu erwählen, denselben per Patronum auociren, und von dem Consistorio confirmiren und ordiniren zu lassen willens, gedachter Nicolai auch wegen seines habenden Cantor-Dienstes solches nicht prætendiren mag, weil es wieder die Obseruanz lauffen und incompatibel seyn würde, zugleich Cantor und ordinirter Prediger zu seyn, daß aber solcher Prediger gebührend ordiniret werde, der Kirchen daher zuträglich, dieweil der Pastor bey derselben, welchem die Inspection über die Land-Priester in einem gewissen District aufgetragen, wegen der Introduction der Prediger, Ablegung der Inuestitur-Predigten, und anderer Ursachen öfters des Sonntags verreisen, der Subdiaconus auch bey gedachter Kirchen in seinem Filial alle 14. Tage des Sonntags predigen und Sacra administriren muß, und es sich auf solchem Fall öfters zuträget, daß nur ein Prediger, nemlich der Ober-Diaconus,

nus, bey der Kirche bleibet, und also andere Kirchen bey der Stadt um einen Priester zur administration der Sacrorum und andern Verrichtungen anzusprechen, und auch so wohl der Pastor als Ober-Diaconus, weil sie ein ziemliches hohes Alter erreichet, durch solchen confirmatum und ordinatum in ihrem Amte öfters subleuiret werden könten, alles nach mehrerem Inhalt des uns zugeschickten Berichts.

So seynd dahero Dieselbige die mit Friederich Nicolai aufgerichtete Bestallung ipso inuito wiederum aufzuheben, und einen andern zu erwehlen,襤vociren, confirmiren und ordiniren zu lassen wohl befugt.

Resoluitur dubium. Verum ab hoc argumento merito abstinent protestantes, qui talem *characterem indelebilem et fictum matrimonium cum ecclesia* reiiciunt, et ipso facto refutant, partim dum resignandi potestatem pastoribus, ad aliam ecclesiam vocatis, indulgent, partim etiam permittunt, vt pastor ecclesiæ ordinem ecclesiasticum deserere possit, quod vtrumque vinculo indissolubili matrimoni repugnat.

Nouum argumentum, quod doctrina hæc periculosa sit, refertur. §. XXXI. Adhuc aliquot tangam obiectiones, a dissentientibus nequidem tactas, quæ tamen maioris videntur esse momenti Primum est, quod doctrina hæc admodum *periculosa* esse videatur, et facile in insignem trahi possit abusum. Quid enim si *sacerdos aulicus*, de quo hic tantum loquimur, ex pietatis sincero affectu, et ex officii sui, quod gerit, et de quo Deo redditurus est rationem, instinctu elenchum adhibet; peccata, in aulis frequentissima, redarguit; malis obsistit, veritatem strenue et intrepide dicit, nonne facile principis, ad omnia proni mala, et aulæ luxuriosissimæ odium et inuidiam incurrere potest? quod vbi factum, ex doctrina hic defensa, maleuoli principi aulici auctores esse possunt, vt censorem hunc

hunc morum aulicorum in pace dimittat, et auræ aulicæ magis inseruientem posteriorem eligat, constituatue, id quod tamen non potest non rei christianæ magnopere obesse, et emendationem aularum, vitiorumque inde in totam rempublicam redundantium, impedire. Econtrario si adserimus, iuris principalis non esse, *sacerdotem aulicum*, et maxime eum, qui principi *a confessionibus* est, dimittendi, multa in rem christianam emolumenta inde redundare videntur, dum impauidum morum censorem declinare, et occasionem ei, CHRISTI doctrinæ conformem vitam promouendi, inculcandi, et publice docendi, adimere, aut alias cursum pietatis solidæ impedire nequit. Mali principes, aiunt, satis proni sunt, vt *libertate* sua, nimis extensa, abutantur, pios ministros eiiciant, illos autem eo facilius introducant, qui ad mores aulæ vitam et doctrinam suam componere student, cum, qui IOANNIS Baptistæ vestigia premunt, sint omnium odiis expositi. Resolutio Quæ si penitius considero, magnum robur sententiæ dissentientium addere posse videntur. Verum (1) nulla veritas tam salutaris et liquida est, quæ non possit in summum trahi abusum. Ius *circa sacra* principi sine dubio competit, ex doctrina protestantium, quis vero negauerit, sub hoc clypeo varia impietatis edi posse documenta, pios eiici ministros, reprobos tolerari, et ipsi religioni vim inferri? interim tamen conclamatum expeditumque est, principi *ius sacrorum* competere. Ipsæ veritates diuinæ, in sacris expressæ, tot abusibus obnoxiæ sunt, vt sub illis nefandissima scelera perpetrata esse, monumenta omnium seculorum loquantur, quæ tamen solido suo nihilominus nituntur fundamento. (2) Contraria dissentientium opinio eisdem grauioribus obnoxia est abusibus. Fac, principem solidioris pietatis studio trahi, et id vnice agere, vt probos et ad CHRISTI

 imagi-

imaginem effigiatos foueat, suscipiatque, sacerdotes aulicos vero in contraria ire, et quod hodie non insolens est, sub praetextu *orthodoxiae laesae* in probos multa coniicere crimina, principique auctores existere, vt tales eiiciat, persequatur, et rempublicam ab eiusmodi hominibus purget; fac, sacerdotem aulicum praetextu *conscientiae suae*, quo pallio plerique vtuntur, alia audere, quae tamen ita comparata non sunt, vt prauio processu, et sententia iudiciali remoueri possit: annon talis in pace a principe esset dimittendus? si affirmas, ius principi dimittendi sacerdotem aulicum indulges: si negas, rei christianae te magis nocere quam prodesse credo. Si dicis, ex bona intentione, et in promotionem rei christianae posse dimitti huiusmodi sacerdotem, sed non priori casu, si in detrimentum eius fiat; facile id quidem largior in *thesi*, sed qui ita dimittit ministrum ecclesiae aulicae, semper eo argumento vti poterit, cum nemo de eius caussa *decisiuam* possit ferre *sententiam*. Abusus rerum non tollit vsum legitimum, nec veritati praeiudicat. Si principi, ad meliora inclinanti, hanc facultatem adimimus, plus nocemus quam prosumus rei christianae. (3) Vitia erunt, donec homines, quae tamen rerum ipsarum naturam euertere nequeunt. Vtinam viueremus inter perfectos, quo ipso nec decisionibus, nec iure, aut sententiis opus haberemus: inter imperfectos non possunt non multa accidere incommoda, quae etiam malitia hominum ex ipsis veritatibus propullulant. Denique (4) hoc dubium ostendit, magna *praecautione* et *sollicitudine* principi, de salute *sua* et *subditorum* sollicito, opus esse, si ad *dimissionem* procedere velit, ne laedat pietatem, et iure suo, quod in *foro externo* ipsi praesidium tantum praebet, in *perniciem ecclesiae*, et tot hominum, qui inde iacturam facere possunt, abutatur, maxime cum euidens et

ma-

manifestum fit, ex *probis* et *improbis* facerdotibus aulicis ceteris ecclesiis et summum præsidium, et cladem non spernendam inferri posse.

Resoluitur illud dubium, quod [illegible] duque illicitum sit, quod honestati repugnat.

§. XXXII. Alterum dubium est, quod ex nostra hypothesi, quam vbique adstruximus, non possit non dimissio *illicita* censeri, quæ *sine causa* et *temere* a principe facta est, cum parum referat, vtrum princeps quid agat contra regulas *honesti*, an *iusti*, immo sufficiat, in sacris hæc non distingui; omne *illicitum* esse censendum, quod regulis *pietatis* et *honestatis* reclamat, quodque lædit conscientiam, horum solum normam in decisionibus esse obseruandam, nec principibus asylum, sub prætextu *iustitiæ* aut *iuris*, dandum suppeditandumue esse, quo se recipere possint; conuenientius potius esse, *dimissionem* omnem damnare, reprobare, reiicere, quæ *remotioni* opponitur, hanc vero solam commendare, vtpote, quæ præuia *causæ cognitione*, *et sententia* præcedente, *via iuris ordinaria*, instituitur et obseruatur; nunquam constare posse, vtrum dimissio sit *licita*, si solius principis arbitrio et conscientiæ hoc negotium committatur; principum conscientias non ita esse instructas informatasque, vt negotium tam arduum, tam graue, ei tuto committi possit; satius esse, inutiles pastores potius *sententia iudiciali* remouere, quam honeste *dimittere*. Qui ita philosophantur, rerum moralium vim et differentiam haud intelligunt, et more pontificiorum, quæ *honestatis* sunt, per modum *legum coactiuarum* generi humano obtrudunt. De *iure* hic disputamus, non de *honestate* et *pietate*: multa illa consideratione sunt permissa, quæ hac sunt reprobanda; nec aliquis tam imperitus rerum arbiter et æstimator erit, qui, dum *ius externum* principi indulgemus, existimauerit, principem *vbique* in conscientia tutum esse, et actum in *genere* et *absolute* esse licitum. De-

nuo, immo centies repeto, posse principem peccare in conscientia, ac contra DEVM, si ex *friuola causa* et *temere* officium ecclesiasticum aulicum sacerdoti aulico, strenue ἔργον τῦ Θεῦ exequenti, ademerit, immo esse grauissimum illud peccatum, quod in sacris contra eiusmodi osores piorum depingitur, et huc quoque applicari posse, quod in CLEMENTIS *Epist. 1. ad Corinth.* hac de re Romani Christiani censuere his verbis: Denn es wird euch keine geringe Sünde seyn, wann wir die verstossen sollten, die die Gaben ihrer Aufsicht heilig und untadelich darbringen. Selig sind die Aeltesten, die den Weg vorangegangen sind, welche eine fruchtbare und vollkommene Auflösung erlanget haben, dann Sie dürffen sich nicht besorgen, daß Sie jemand von ihrem bestimmten Ort wegtreibe. Denn wir sehen, daß ihr einige hinweg gebracht habt, die doch wohl gewandelt haben, aus dem Amt, damit sie untadelich beehret worden. Ihr seyd zanksüchtig, meine Brüder, und eiffert über das, was nicht zur Seligkeit gehöret. Sehet doch fleißig in die Schrift als wahre des H. Geistes. Wisset, daß darinnen nichts ungerechtes noch verstelltes geschrieben ist. Dann ihr werdet nicht finden, daß Gerechte von heiligen Männern verworffen sind. Die Gerechten sind zwar verfolget worden, aber von Ungerechten, Sie sind gefangen geleget worden, aber von Unheiligen; gesteiniget, aber von Uebertretern; getödtet, aber von Bösewichtern, und denen, die ungerechten Neid wider Sie hatten. Sed de eo non est quaestio: illud vnice in controuersia est: *an princeps, dimittens in pace sacerdotem aulicum, iure suo agat, an vero iniurius sit in ministrum, et ecclesiam, cui subtrahitur, et an vero hoc ius prorsus sit ei denegandum, quatenus a remotione distinguitur?* Hoc ipsum est, quod quaeritur. Effectus quaestionis est, an sacerdos aulicus ei reclamare, sibique iniuriam factam esse, et principi desuper litem mouere queat? item an princeps, dimittens sacerdotem aulicum, rationes suas, ob quas eum dimisit, iudicio

cuidam

cuidam submittere teneatur? Id ipsum est, quod negamus, sed quod dissentientes, quibus accedere non possumus, per *indirectum* intendunt. Loquuntur hac de rescripta, publici iuris, in casu, *anteced.* §. exposito, edita, quæ vnice id intendunt, vnice id agunt, vt princeps dimissionem talem factam iudicio exponere, et sententiam aliquam inter se et subditum expectare teneatur. Id vero quam longe recedat a iuris publici principiis, rectius illi explicabunt, qui norunt, quantum distent æra lupinis. Si ais, consultius ad minimum esse, vt *caussa dimissionis* subiiciatur arbitrio consistorii; respondeo, nec hoc nego, sed *consilii* quæ sunt, non subiacent iuris necessitati, et difficulter hoc modo sacerdotes aulici impii, quibus delicta grauiora, *remotionem* ex principiis nostris merentia, imputari nequeunt, remoueri possunt: notum est, quæ subterfugia hic quæri soleant, quando ad *remotionem*, in pœnam est deueniendum, quæ euitari possunt, si principi, quod principis est, relinquimus, nec eum, vt ad sortem priuatorum recedat, adstringimus, sed potius iure suo agi permittimus. Adde et hoc, in omnium *iurium publicorum* exercitio, vt bello decernendo, iudicando, legibus ferendis, tributis indicendis &c. principes agere posse contra leges *honestatis*, vtut de cetero *iure* suo hæc omnia agant: quis autem assereret, principi hæc iura adimenda esse, quod in eorum exercitio *pietatem* vel *honestatem* lædere possit.

§. XXXIII. Denique claudat hanc doctrinam illud dubium, quod ex doctrina §. XVI. seqq. exposita peti posset. Collationem officiorum publicorum ad *precarium* referri debere, dictum est, id quod *ab officiorum ecclesiasticorum* ratione alienum esse videtur, quæ non sunt *beneficia* alicuius *hominis* sed *Dei*, vtpote cuius *ministri* pastores sunt. Verum ex hac ratio- *Vltimum dubium de precario petitum resoluitur.*

ne

ne *sacrum officium* minime contemnitur, aut parui habetur. Magistratui a principe conferri per modum *precarii iurisdictionis exercitium*, dixi supra, cuius officium itidem *ordo diuinus* dicitur, *Rom. XIII*, 2. immo ipsi magistratus etiam *subalterni*, *ministri et vicarii Dei* dicuntur, *Rom. XIII*, 4. 6. 1. *Petr. II*, 13. 14. nec tamen ipsum *officium magistratuum inferiorum* inde decrescit, aut pondus suum amittit, quod COLLATIONI EIVS inesse ditamus *precarium* intuitu *principis*. Sic etiam quando princeps *sacerdotem aulicum* sibi suaeque familiae aulicae vocat constituitque, (de aliis pastoribus minime loquor) confert ei *munus ecclesiasticum*, quae COLLATIO itidem rationem quandam *precarii* habet, intuitu *conferentis principis*, vtpote qui vtplurimum *iure imperii et auctoritatis principalis* cum vocato agit, et contrahit. Ipsum *officium* sacrum itaque *a modo conferendi* sedulo secerni debet. Ipsum MVNVS manet sanctissimum, eiusque pretio nihil decedit, quod COLLATIONI inesse dicamus *precarium*, sicuti ei nihil decedit, si collationem cum aliis *mandatum* aut *locationem*, aut *contractum innominatum* diceremus. Aliquod enim *pactum* inter *conferentem* et eum, cui confertur, intercedere debere, supra dictum, et dissentientibus responsum est, qui *immediatam collationem* fingunt.

De salario dimissi ministri.

§. XXXIV. Quid vero de *salario dimissi* constituendum? illud ipsum scil. quod de salario promerito eius, qui decedit in officio, quia aeque *dimissione*, ac quidem *morte*, officium vtroque casu finitur: quo finito dimissus vel heredes defuncti non *totius anni* salarium, vt plures adstruunt, sed tantum pro *rata anni*, illud petere possunt. Loquor rursus de *iure*; *liberalitati* principis leges non scribo, nec scribere possum, vtut eam admodum commendandam esse, et *principum sublimitati* conuenire, mecum omnes fateantur. Vel ALEXANDRI SEVERI exemplum

exemplum illustre hoc illustrare potest, apud LAMPRID. *in Alex. Seu.* p.124. *Si vnquam alicui præsentium successorem dedit, semper illud addidit:* GRATIAS TIBI AGIT RESPVBL. *eumque muneratus est, ita vt priuatus pro loco suo posset honeste viuere: his quidem muneribus, agris, bobus, equis, frumento, ferro, impendiis ad faciendam domum, marmoribus ad ornandum, et operis, quas ratio fabricæ requirebat. Aurum et argentum raro cuiquam, nisi militi, diuisit, nefas esse dicens, vt dispensator publicus in delectationes suas et suorum conuerteret id, quod prouinciales dedissent.*

§ XXXV. Supersunt *officia hereditaria*, quæ non eodem modo reuocari possunt, *vt personalia*, nec in *precario mero* subsistunt, idque ex natura iurium *hereditariorum*. Olim officia *iure feudi* seu *beneficiario*, quod reuera eo tempore *precarium* erat, deferebantur, et res in *beneficium* data, nihil aliud erat, quam *salarium*. Proinde antequam feuda fierent *hereditaria*, merum *precarium* iis inerat, vt de *collatione* officiorum dixi. Liquet hoc ipsum ex *1. F. 1 §. 1.* vbi feudista ait: *Antiquissimo tempore sic erat in dominorum potestate connexum, vt, quando vellent, possent auferre rem in feudum a se datam.* Postquam autem tractu temporis *feuda hereditaria* facta sunt, illa libera reuocandi officia potestas ipso facto cessare debuit. Ceterum quando officia imperii publica *in ius hereditarium* transierint; late expendit MYLERVS AB EHRENBACH *in Archol. cap. 8. et 9.* Inde quoque est, quod talia officia hereditaria nemini auferri possint, nisi ob *grauissimum abusum*, vel *feloniam* commissam, quod remotioni quodammodo respondet. Breuiter: non *dimissio*, bene tamen *remotio* quædam in his locum habet. *Officia hereditaria reuocari nequeunt.*

EX-

EXERCITATIO LVIII.
AD LIB. XX. PAND. TIT. I.

DE

DIVERSO PIGNORIS ET HYPOTHECAE IVRE.

CAPVT I.

DE EODEM PIGNORIS ET HYPOTHECAE IVRE.

ARGVMENTVM.

I. Quid intersit discernere pignus et hypothecam? II. Pignoris varius significatus, pignoris et hypothecae definitio. III. Vtriusque conuenientia, quod vtrumque ius in re aliena tribuat, vtrumque cedi possit, et in vtroque retractus exulet. IV. In vtroque debitum supponitur. V. Consensu constituitur. VI. Qui pignus dare nequit nec hypothecam potest. VII. Qui acquirere pignus potest, is et hypothecam. VIII. Quae res pignori dari, in eadem hypotheca constitui potest. IX. Modus constituendi in vtroque idem. X. Modus vtrumque tollendi idem. XI. Vtrumque distrahendi idem creditoris ius. XII. Vtrumque distrahendi eadem ratio. XIII. Eadem pacta vtrique adiicere fas est. XIV. Vtriusque idem effectus. XV. XVI. Vtriusque in feudis tam priuatis quam in imperii feudis constituendi eadem ratio. XVII. Vtriusque constitutio in fideicommissis familiae.

§. I.

§. I.

Non recte illa, quae inter se in quibusdam conueniunt, pro iisdem habentur.

Inter communes hominum naeuos non raro occurrit, quod quae in quibusdam tantum conueniunt, pro iisdem statim *absolute* habeant, communique nomine insigniant, et temerarium ab vno ad alterum argumentum trahant. Vt alia non tangam, deprehendi, id inprimis etiam fieri solere in caussis, ius *pignoris* et *hypothecae* concernentibus, vbi vsus loquendi communis et quotidianus vtramque et *pignoris* et *hypothecae* apellationem in generaliori significatione fere confundit, vt pro synonymis haec duo in ipsis LL. Romanis saepissime habeantur; *l. 1. D. pignor.* quae quamuis in pluribus conueniant, in multis tamen adhuc differunt. Equidem id non adeo inconueniens esse videtur, postquam iure Romano diserte asseritur, pignus et hypothecam *sonu nominis* tantum differre, *l. 5. §. 1. D. de pignor.* ideo, quod pignus *latina*, hypotheca vero *graeca* vox sit; verum id tantum admitto, si in *latiori significatu* pro synonymis vsu vulgari accipiuntur, vbi saepe confunduntur, vid. BRISSONIVS *de verb. signif. voce hypotheca:* si *strictiorem* et singulis proprium significatum intuemur, maxima differentia inter ius vtrumque reuera inuenitur, quae in praxi quoque semper attendenda, quam etiam agnoscit Imperator *in §. 7. I. d. action.* et specialius eruit GODOFRED. *in not. ad cit. l. 5. lit. k.* Operae igitur pretium me esse facturum, duxi, si in vtilitatem *scholae* non tantum, sed etiam *fori*, in quo admodum frequens de pignoribus auditur disputatio, paulo maiori cura in diuersa vtriusque iura inquirerem, simulque, vt differentiae eo rectius cognosci possent, hoc capite praemitterem, in quibus vna eademque iura tam pignori quam hypothecae sint tributa.

Diuersa acceptio pignoris et hypotheca.

§. II. Recipit vocabulum *pignoris* varios significatus. Denotat enim quandoque ipsum *contractum* pignoratium *§. fin. I. quib. mod. re contr. obl. et l. 1. pr. D. de pign. act.* quandoque *rem* pignori datam, *d. §. fin. l. 3. 4. l. 13. D. h. t.* frequenter etiam *ius* in re oppignorata constitutum *l. 1. D. in quib. caus. pign.* Germanice: Pfandrecht, Pfandschilling. Quodsi in sensu latiori sumitur, comprehendit etiam *hypothecam*, quae itidem accipitur modo pro ipsa *conuentione*, ex qua isthaec hypothecae obligato descendit; *l. 1. §. fin. de pact. l. 4 de pign. et hypoth.* modo pro re hypothecae supposita; *l. 7. in f. de distract. pign.* modo pro *iure hypothecae*, quod creditor ex obligatione habet. Describitur vero vtrumque et *pignus* et *hypotheca*, quatenus conueniunt, quod sit *ius in re debitoris, creditori in securitatem crediti constitutum*, ex quo sequi videtur, minus recte differentiam inter haec duo quaeri, cum, quae *definitionibus* conueniunt, eadem esse videantur. Sed multum adhuc reuera interesse, vtrum *hypotheca*, an *pignus* constituatur, vel ex eo patet, quod hoc sine *interueniente traditione* concipi non possit, *l. 238 § 2 D. de V. S.* illa autem *nuda conuentione* contrahatur, *l. 4. D. de pignor. et hyp.* ex quo diuerso constituendi modo plura alia diuersa iura promanant. Quo magis ergo omnis euitetur confusio, distinctus vtriusque conceptus ita formandus est, vt PIGNVS dicatur *ius in re a debitore creditori per traditionem constitutum in crediti securitatem;* HYPOTHECA vero *ius in re per nudam conuentionem a creditore in crediti securitatem acquisitum possessione rei penes debitorem manente. l. 1. l. 4. de pignor.* Hoc formato conceptu, facile constat, in quibusdam pignus et hypothecam conuenire, in multis vero differre.

An conueniant ratione definitionis?

Tam pignus quam hypotheca manet in

§. III. Propria natura et indoles pignoris et hypothecae in qua (l) conueniunt, haec est, vt non dominium, sed aliud

ius

ius in re creditor nanciscatur, vt de credito suo reddatur securus, debitor vero *dominus* permaneat. Ipsius *iuris in re* ratio potissimum ex effectibus cognoscitur, qui in his tribus, in iure *persequendi*, *retinendi* et *distrahendi* consistunt. Hinc recte concludunt, tam pignus quam hypothecam manere *in bonis debitoris*, et intuitu creditoris tantum *ex bonis* esse, vt dicitur in *l. 2. §. 22. d. vi bon. rapt.* adeoque non creditori sed debitori perire, saluo debito. *l 9. C. de pign. act* Quamuis itaque *proprie dicta et plena alienatio* non fiat per *pignoris* et *hypothecae* constitutionem; ad eam tamen via panditur, adeoque regulariter, quando res vendi vel alienari prohibetur, obligari non potest *per l. fin. C. de reb. alien. non alien.* vbi generaliter asseritur, quod prohibita alienatione per *legem*, *testamentum*, vel *pactum hypothecae et pignoris nexus penitus prohibitus sit*, nisi expressa permissio doceatur, vel diuersitas rationis ostendatur *l. 24. D. de pignor. conf. l. f. §. 2. C. commun. de leg. auth. res quae eod.* KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. XI. §. 4.* SANDE *de probib. rer. alien. c. 1. §. 3. §. 49.* Hac de causa vt plurimum iura, maioris certitudinis gratia, expresse cauerunt, sub prohibita *alienatione* etiam contineri hypothecam et pignus, nec in sola generali *alienationis* prohibitione acquieuerunt, vti constat ex *l. 1. §. 2. comm. de leg. ibi: satis absurdum est, et irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre vel hypothecae pignorisue nomine obligare. conf. L. fin. C. de pact.* Sic etiam in alienatione bonorum immobilium, ad pupillos vel minores spectantium, idem constitutum est, vt sine iudicis decreto in alterum transferri aut hypotheca aut pignore affici non possint, *l. 1. D. de rebus eor. l. 7. §. 3. D. eod. tit.* NEGVSANT. *de pign. p. 2. m 3. n. 48 seqq* quod etiam expresse cautum circa alienationem fundi dotalis in *pr. I. quib. alien. lic. vel non.* Fluit porro (II) ex natura pignoris et hypothecae haec quo-

bonis debitoris.

Interim vtrobique quadam alienatio fit.

Vtrumque ius tertio cedi potest.

quoque conuenientia, quod possit tertio cedi ius in pignore vel hypotheca constitutum, sine principalis actionis cessione. *l. 40. de pig. action.* Inde quando creditori chirographario legatur *hypotheca* vel *pignus*, quod defunctus aliunde habet, sine principalis actionis cessione, ius testatori competens, legatario cessum videtur, sicuti pignus alii creditori dari potest. *l. 2. C. si pign. pignor. dat. sit.* MERLIN. *de pign. et hypoth. L. 4. tit. 5. q. 126. n. 7.* Neque vero *pignus* tantum, cuius possessionem habet creditor, alteri cedi potest, sed etiam hypotheca. Sic enim qualitas illa pignoratitia rei inhaeret, vt pariter ac alia iura a principali causa separari et in alium transferri possit. Vlterius natura vtriusque (III) hanc quoque conuenientiam suggerit, quod *retractus*, ex statuto competens, in *pignore* exerceri non possit, MERLIN. *l. c. q. 184. n. 18.* quod etiam de *hypotheca* dicendum est. Ratio enim iuris retractus statutarii in eo posita est, vt vicini aut alii, quibus illud indulgetur facultatem accipiant, rem soluto pretio repetendi, in aliorum possessionem translatam, adeoque non alias praesupponit alienationes, quam quae fiunt pretio interueniente, et translata ipsa proprietate in alium. Eo minus autem in *hypotheca* ius istud exerceri potest, quod quidem in pignore possessio ad creditorem transeat, *hypotheca* vero penes debitorem maneat.

In neutro ius retractus locum habet.

Vtrobique praesupponitur existentia debiti.

§. IV. Quia pignus et hypotheca datur in *securitatem crediti*, inde (IV.) quoque haec conuenientia fluit, quod vtrumque ius praesupponat *existentiam debiti* alicuius praecedentis, et creditor pignori suo incumbere possit. Proinde *a*) obligatio pignoratitia, tanquam accessoria, subsistere nequit, si obligatio principalis vitio nullitatis laborat, aut propter senatus Consult. Macedonianum et Velleianum etc. inefficax est, *l. 2. quae res pig. vel hypoth.* quod tam in *pignore* quam in *hypotheca*

ca

ea obtinet *l. 4. D. de pignor.* NEGVSANT. *l. c. P. 3. Memb. 1. n. 8. 9.* Deinde quamuis *b*) creditor pignori ſuo incumbere poſſit, inde tamen creditori haud permiſſa eſt priuata occupatio *hypothecæ*, vel *pignoris*, cuius poſſeſſionem amiſit, *l. 3. l. 22. §. per de pign. act. l. 11. C. de pign. act. l. 3. C. de pignor.* cum nemo ſibimet ipſi ius dicere poſſit, *l. 13. quod met. cauſ* in quo rurſus *pignus* et *hypotheca* paria et eadem iura habent. Facultas tamen occupandi tam pignus, cuius poſſeſſio amiſſa, quam *hypothecam* quandoque integra eſt creditori, ſi per pactum inuaſio concesſa eſt, debitorque non reſiſtit, *l. 3. C. de pignor. l. pen. C. de pign. act.* VOET. *ad D. de pign. §. 21.* aut ſi debitor de fuga eſt ſuſpectus, MERLIN. *l. c. P. 4. t. 3. q. 104.* de quo ſpeciatim plenius agit STRVV. *de vind. priuat.* Quodſi debitor reſiſtit, iudicis auxilio opus eſt, qui ex hoc pacto *executiue* vtroque caſu procedere poteſt. *cit. l. 3.* Denique *c*) tam pignus quam hypotheca non incipit, antequam debitum principale natum fuerit, licet vel maxime pignus vel hypotheca antea conſtituta ſit *l. 4. in f. D. quæ res in pign. l. 1. D. qui pot. in pign. l. 11. pr. eod.*

§. V. Praeterea (V) in eo conueniunt, quod tam in pignoribus quam hypothecæ conſtitutione (ſi tacitum, iudiciale, et prætorium pignus excipias) *conſenſus* deſideretur; quamuis ſola deſtinatio non ſufficiat. *l. 4. quæ res pign.* Illa enim tantum nexu *pignoris* et *hypothecæ* ſubiiciuntur, in quæ creditor conſenſit, *l. 1. §. 1. de pign. act.* adeoque ſurrogatio rei vnius in locum alterius, inuito creditore, fieri nequit, vt putat NEGVSANT. *de pignor. p. 3. m. 1. n. 21.* ſicuti nec creditor, inuito debitore, aliud ſurrogare poteſt, *l. 26. §. 2. de pign.* cum vnum pro alio ſolui aut præſtari non poſſit, *l. 2. §. 1. D. ſi cert. pet.* nemoque compelli queat, vt obligationem in re aliqua ſibi conſtitutam mutet. *l. 47. §. 2. D. mandat.* Nec prouocari poteſt ad regulam *Vtrobique conſenſus deſideratur.*

gulam

gulam, *quod tibi non nocet, et alteri prodest, concedi debet*, quæ si vniuersalis foret, et vbique applicari posset, quæuis *officia humanitatis* in necessitatem essent mutanda, et *ius perfectum* alteri tribuerent. Hoc enim certum expeditumque est, regulam adductam fluere ex *officiis humanitatis*, quæ aliquando in certis causis, ex legis determinatione, in necessitatem transeunt, præsertim si *fauor agriculturæ* id postulat; ast generalis regula inde minime exstrui potest, ceu in *introd. ad digest. tit. de aq. et aqu. pluu. arc. §. 9.* ostendi. conf. MERLIN. *cit. tr. l. 4. t. 4. q. 112.* Cumque hic creditoris versetur commodum, eademque ratio sit in *pignore et hypotheca* quoad idoneitatem rei obligatæ, non magis rei hypothecatæ loco alia potest substitui, quam pro re pignorata idonea, minus idonea, inuito creditore, dari. Volente creditore surrogatio tam in *pignore*, quam *hypotheca* admittitur, qualiscunque demum res substituta sit. Vnde facile decidi potest quæstio, vtrum beneficium *l. 2. C. de resc. vend.* creditori prosit, quando talis res substituta est, quæ nec ad dimidium valoris rerum earum, quæ ante obligatæ fuerant, accedit? VLPIANVS *in l. 9. §. 3. D. de pign. act.* creditori *satisfactum* videri, ait, *quoties, vt ipse voluit, sibi cauit, licet in hoc deceptus sit.* conf. *l. 5. in f. l. 13 quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* Id quod optimam rationem habet; læsio enim circa *surrogationem pignoris* est quidem non leuis præiudicii, creditor tamen deceptus potest, relicta quæstione de pignore, adhuc principalem actionem personalem intentare *l. 28. D. de reb. cred.* aut pignorantia actione contraria indemnitatem suam aduersus debitorem quærere, si malitiose debitor in hoc versatus est, doloque eum decepit. *l. 9. pr. D. de pignor. act.* NEGVS. *l. c. P. 5. memb. 1. n. 42.* De hypotheca idem quoque hic dicendum esse, satis apparet, dum diuersitatis ratio, ratione læsionis vltra dimidium, nulla dari potest.

§. VI.

§. VI. Conueniunt quoque (VI.) in eo, quod *regulariter*, qui *pignus* contrahere nequit, nec *hypothecam* constituere valeat. Constat vero ex principiis iuris ciuilis, ius in re in alterum transferri non posse, nisi ab eo, qui ipse est dominus, liberamque suarum rerum habet administrationem, cum alienandi facultate coniunctam. Vnde sequitur, quod pupilli vel minores nec *pignus* nec *hypothecam* constituere possint, licet etiam auctoritas tutoris in re immobili accesserit, sine magistratus decreto, §. 2. *I. quib: alien. licet vel non l. 1. pr. D. quae res pignor. obligar. non poss.* nisi obligatio sit necessaria pro defensione causae pupilli in iudicio *L. fin. C. de administrat. tut.* NEGVSANT. *l. c. P. 2. memb. 3. n. 77.* Nec obstat, quod debitoris in bonis maneant res pignoratae et hypothecae: occasionem enim, qua ad *alienationem* deueniri potest, ius ciuile quoque remouere voluit, et quo minus impuberes eiusmodi a tutoribus bonis immobilibus priuentur, prospexit. Quandoque tamen alius, qui non est dominus, hypothecam et pignus dare potest, procurator scilicet, mandatum speciale habens, *l. 58. l. 60. §. fin. mand. l. 20 pr. de pign. act. l 16. §. 1. l. 21. pr. de pign.* vel etiam is, qui habet generale cum libera, §. *42. I. de rer. diuis.* vt procurator reipublicae vel principis, qui a lege mandatum cum libera habere dicitur, *l. 12. C. de transact.* vel etiam procurator priuati facultatem cum libera habens. *arg. l. 58. D. de procurat.* Item is, qui mandatum generale sine clausula *cum libera* accepit, dummodo dominus solebat pignus et hypothecam constituere in eodem contractus demandati genere. *l. 12. D. de pign. action.* MERLIN, *L. 2. t. 3. q. 101. n. 1. sequ.* Sufficit quoque ad pignoris et hypothecae constitutionem *dominium fictum*, inde bonae fidei possessor non tantum hypothecam potest concedere, sed etiam ius pignoris in creditorem transfer-

Qui pignus dare nequit, nec hypothecam potest.

re. *l. 14. D. qui potior.* Inſtar domini enim eſt, quamdiu in bona fide manet. *arg. l. 39. §. 1. D. de hered. pet.* Ex eodem fundamento vſufructuarius facultatem percipiendi emolumenta ex re ſeruiente pignori vel hypothecæ ſubiicere poteſt. *l. 11. §. 2. l. 13. §. 2. de pign. et hyp. l. 2. C. de vſuf. l. 1. C. de pignor.* Obligatur enim hac ratione non ipſe *fundus*, ſeu eius *proprietas*, ſed tantummodo *ius vtendi fruendi*, quod a debitore quoque vendi poteſt. Nec obſtat, quod vſus fructus alteri cedi et vendi non poſſit, *§ 3. I. de vſufr.* ergo nec obligari; *l. 9. §. de pign.* venditio enim ita fieri poteſt, vt commoditas ad vitam vſufructuarii in alterum transferatur, licet ipſum ius vſusfructus nec vendi nec obligari poſſit. *l. 12. §. 2. de vſufr. et quemad. quis vt.* NEGVSANT. *l. c. P. 2. m. 3. n. 9.* MVLLER *ad Struu. Exerc. 26. th. 5. lit. B.*

Qui acquirere poteſt pignus, ille etiam hypothecam.

§. VII. Conueniunt porro (VII.) in acquirendo. Acquiri enim poteſt pignus et hypotheca ab eiusmodi perſonis, quibus permiſſum eſt, in ciuitate ius in re tenere. *l. 24. D. de pign. et hypoth.* Inde quæſtio naſcitur, an extraneo ſeu non ſubdito poſſit *pignus vel hypotheca* conſtitui, ſi ſtatutum prohibet, ne bona in non ſubditum alienentur? Pro affirmatiua quidem eſt BALDVS *ad l. fin. n. 1. C. de bon. alien. non alienand.* quod alias nimis reſtringeretur facultas contrahendi inter ciues et forenſes, et ſtatuta dicantur eſſe ſtricti iuris, quæ de caſibus ſimilibus ad ſimilia extendi non poſſint. Plures tamen abeunt in contrariam ſententiam, quod in *l. fin. C. de reb. alien. non alien.* dicatur, *alienationis* appellatione etiam venire hypothecæ et pignoris conſtitutionem, et quod in *l. 1. §. 2. quæ res pign.* euidens argumentum pro hac ſententia adferatur, nec hic extenſio, vt quidam arbitrantur, ſed potius ſimplex ſtatuti declaratio fiat, quia pignoris vel hypothecæ conſtitutio comprehenditur iam ſub ipſa

ipſa *alienationis* prohibitione, et alienatione prohibita inſtatutis omnis actus prohibitus cenſeatur, per quem alienatio ſequitur. MERLIN. *l. c. L. 2. Tit. I. q. 42. n. 18.* Sed priorem ſententiam præferendam eſſe arbitror, et quidem ex *ratione ſtatuti*, quæ hæc eſt, ne res in extraneum transferatur, id quod non fit per *hypothecæ* vel *pignoris* conſtitutionem. Simile quid in iure Romano cautum eſt, quo hæc deciſio prorſus illuſtratur. Apud Romanos olim magiſtratibus maioribus in prouinciis, quibus præerant, non licebat, rem in commercio exiſtentem emere, durante officio; *l. 46. D. de contr. emt. vend.* pignus tamen aut hypothecam acquirere non impediebantur, cum, debitore non ſoluente, ex pretio rei aliis diſtractæ, creditum ſuum conſequi poſſent. Ait ICtus *in l. 24. D. de pign. in quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur.* Hæc deciſio recte applicatur ad caſum ſtatuti, quo cauetur, ne extraneus intra fines territorii res immobiles emat. De iudæis conſtat, quod eis in plurimis locis prædia iure *dominii* poſſidere non liceat. Vid. Diſſ. *de caut. iudæor. tolerant.* Item *de iur. ſacro et prof. circa infidel. Sect. 2. §. 15.* Aſt pignoris et hypothecæ conſtitutio eapropter iis non videtur interdicta, quamuis, an hic aliqua differentia inter *pignus* et *hypothecam* conſtitui debeat, *capite ſeq.* examinandum ſit.

§. VIII. Conuenientia porro (VIII) deprehenditur in *obiecto.* Res enim, in quibus pignus et hypotheca conſtituitur, debent eſſe in commercio, et ita in bonis debitoris, vt de iis habeat diſponendi facultatem. *l. 6. C. ſi res alien. pign. dat. ſit. l. 6. C. quae res pign. oblig. poſſ.* Hac de cauſa ſicuti res litigioſa pignori non poteſt dari, ita *hypothecæ* quoque ſubiici nequit; *Conueniunt pignus et hypotheca in obiecto.*

 finis

finis enim primarius vtriusque, qui eſt *ſecuritas*, propter dubium litis euentum, hic deficit, et lite pendente, nihil eſt innouandum, quo alterius conditio reddi poteſt deterior *l. 1. §. vlt. D. quæ res pign dar. poſſ.* MERLIN. *c. 1. l. q. 38.* LAVTERBACH. *ad tit. quæ res pign. §. 5.* Speciatim pignoris contractus in *inſtrumentis*, ad agriculturam deſtinatis, inter quæ ſunt etiam boues, iniri non poteſt. *l. 7. 8. C. quæ res pign. obl. poſſ.* quia fauor agriculturæ, qui admodum magnus eſt in iure, hoc non admittit, vt quis impediatur in agrorum ſuorum vſu et reſp. quoque vtili cultura, qua de cauſa nec *hypothecæ* conſtitutio iis in rebus licita eſſe poteſt NEGVSANT. *l. c. P. 2 m. 2. n. 49.* Res enim, quæ pignori dari nequeunt, hypothecæ regulariter exemtæ ſunt. *l. 11. §. 3. D. de pign.* Ex ſupra adductis porro fluit, *in re aliena* hypothecam non magis conſtitui poſſe, quam pignus, *l. 6. C. ſi res alien. pign. detur.*, niſi dominus conſenſerit: *l. 26. § 1. D. d. pignor. et hypoth.* vtrumque tamen conualeſcere ex poſt facto, ſi debitor dominium illius acquirat. HARPR. *conſ. 70. n. 309.* Quid? quod nec bona fideicommiſſo per vltimam voluntatem ſubiecta, pignori vel hypothecæ dari poſſint, maxime ſi alienatio expreſſe prohibita eſt, MERLIN. *l. c. L. 2. q. 6. n. 1.* KNIPSCHILD *de fideic. famil. c. XI. l. 4.* adeo vt ne quidem veniant in hypotheca tacita vel legali propter rationem *l. 3. §. 2. C. Commun. de legatis et fid. Satis abſurdum et irrationabile eſt, rem, quam in ſuis bonis non pure poſſidet, eam ad alios poſſe transferre, vel hypothecæ pignoriſue nomine obligare, vel manumittere, vel alienam ſpem decipere.* Res incorporales in commercio eſſe quoque dicuntur inde dubium non eſt, quin *vſusfructus* tam pignori quam hypothecæ dari poſſit, cum poſſit etiam locari *l. 11. §. 2. de pignor.* Seruitutum *realium* diuerſa eſt ratio. Quamuis enim prædia cum ſeruitutibus tam *pignori* quam *hypothecæ* dari poſſint, non tamen, an ſeorſim pignus vel

vel hypotheca in iis constitui possit? expeditum est. Attendendam esse differentiam inter seruitutes *vrbanas* et *rusticas*, plurimi constituerunt, ita vt rusticae seruitutes tantum possint nexui pignoratitio subiici, *l. 12. D. de pignor.* vrbanae vero non item propter *l. 11. §. fin. D. de pignor.* vbi ita: *iura praediorum vrbanorum pignori dari non possunt, igitur nec conuenire possunt, vt hypothecae sint.* Nec praeter rationem hanc diuersitatem inductam esse, putant, cum reipublicae intersit, ne ciuitas deformetur, et aedificia reddantur inutilia, quod maxime fieri posset per constitutionem *pignoris* vel *hypothecae* in praediorum vrbanorum seruitutibus, propter vsus varietatem creditoris, vel eius, cui eandem seruitutem venderet creditor. MERLIN. *de pign. L. 2. t. 1. q. 25.* Ad enucleandam hanc controuersiam ante omnia monendum est, in *cit. l. 12.* non quaeri de oppignoranda seruitute iam *constituta*, sed de seruitute demum *constituenda*, vt haec tamdiu loco pignoris alteri concedatur in re debitoris, quamdiu pecunia nondum exsoluta est. Illa a debitore sine praedio creditori oppignorari non potest, quatenus debitor ipse eam in aedes alienas exercendi ius habet. Eiusmodi enim aedibus vel fundo inhaerens seruitus constituta ab iis separari et in alium transferri nequit. *l. 86. de V. S. l. 33. §. 1. D. de S. P. R. l. 44. loc.* Haec vero concedi potest creditori in securitatem crediti a debitore, cuius fundus antea liber erat a seruitute. Quae cum ita sint, eorum opinio in iure fundata non est, qui differentiam inter seruitutes *vrbanas* et *rusticas* hic quaerunt, adeoque communis haec opinio, ad quam hic prouocant dissentientes, tanquam ad aliquod palladium, communis error et figmentum Doctorum omni ratione destitutum, iure meritoque vocatur. *Lex* enim *cit. 11.* oppignorationem seruitutum *vrbanorum* praediorum ex nulla alia ratione reprobat, quam quod seruitutes tales a praediis separari non possint,

quæ etiam in *seruitutibus rusticis* locum habet. Equidem tantum *vrbanorum* prædiorum MARTIANVS *in l. cit.* mentionem facit; restrictiue tamen non loquitur, cum eadem ratio quoque in *rusticis* militet. Similiter *in l. 12. cit.* ratio dubitandi inde desumebatur, quod seruitus talis reuera ad tempus esset constituta, cum tamen omnes seruitutes sua natura deberent esse perpetuæ *l. 4. pr. D. de seruit. l. 28. D. de seruit. præd. vrb.* Verum postquam hæc subtilitas, vt ad tempus seruitutes constitui nequeant, a prætoribus ipsis reiecta, *l. 4. cit.* nec in praxi iam olim obseruata est; *l. 9. D. de S. P. R. l. 2. comm. præd.* recte tale pactum admissum fuit. Nec vtilitas publica hoc loco obstat. Sunt enim tantum quædam seruitutes, quarum natura non patitur propter deformitatem ciuitatis et ædificiorum, vt ad tempus constituantur, v. g. oneris ferendi, tigni immittendi, proiiciendi et protegendi seruitus; sed inde ad omnium seruitutum vrbanarum species argumentari, satis inconueniens est. Nec PAVLVS referendo *in l. 12. D. de pignor.* seruitutes, vt plurimum prædiis rusticis inseruientes, excludere voluit seruitutes *vrbanas*, inprimis cum eædem rationes in seruitutibus *vrbanis* locum habeant, quæ in *rusticis*. Denique cum æque *vrbanæ*, ac *rusticæ* seruitutes precario concedi possint, *l. 3. D. de precario* vbi GAIVS hæc exempla habet, *veluti si me precario rogaueris, vt per fundum meum ire vel agere tibi liceat, vel, vt in tectum vel in aream ædium mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas*: quare eo, quo dixi, modo etiam pignori non possent obligari, cum propter licitam reuocationem in precario vsus quoque maxime temporarius sit. Vid. THOMAS. *disp. de seruitut. stillicid. §. 19. seqq.* Porro specialius *res dotales immobiles* pignoris nexu obstringi non posse, manifesti iuris est, quia maritus eas, matrimonio dissoluto, re-

restituere debet, et oppignoratio proxima ad alienationem via dicitur. *pr. I. quib. alien. lic. vel non.* Immo licet alias *rei alienae* obligatio subsistat, si is, cuius interest, consenserit; in *rerum dotalium* tamen oppignoratione mulieris consensus nihil operatur, quia in fauorem mulierum id vel ideo constitutum, ne maritus consensum vxoris suae quibusuis artibus machinationibusque extorquere, aut saltem persuasionibus elicere conetur. *l. vn. C. §. 15. de rei vxor. act.* Idem dicendum est de *hypotheca* simplici, quippe quae rem ita afficit, vt etiam post restitutionem contra vxorem possit intentari actio. *pr. I. quib. alien. lic. vel non. l. 23. D. de O. et A. §. 1. I. de action.* Immo nec vxor ipsa *hypothecae* vel *pignori* rem dotalem, constante matrimonio, subiicere potest, quippe quod in mariti praeiudicium vergeret. MERLIN. *L. 2. T. I. q. 18. n. 12. de pignor. et hypoth.* Intelligenda tamen haec omnia sunt de fundo dotali *inaestimato* in dotem dato; aestimato enim in dotem data res immobilis potest alienari, aut oppignorari, etiam sine mulieris consensu, nam per *aestimationem* efficitur res viri propria *l. 10. D. de iur. dot. l. 1. C. Commun. vtr. iudic.* MERLIN. *l. c. q. 19. n. 2. seqq.* NEGVSANT. *de pignor. p. 2. m. 2. n. 59.*

§. IX. Etiam (IX) *in modo* constituendi quaedam deprehenditur conuenientia inter pignus et hypothecam. Vti enim ius in re variis modis constitui potest, ita quoque *pignoris* et *hypothecae* constitutio fit, vel per *actus inter viuos*, vel, per *vltimam voluntatem*; Illud fit vel per consensum *expressum* aut *tacitum, l. 3. l. 4. 16. D. in quib. caus. pig. vel hypoth. tac. contr.* HERTIVS *de hypoth. conuent. tacita*; vel a *iudice*. Vnde est, quod ad pignoris conuentionalis constitutionem nemo cogi possit, et quod hypothecam alicui concedere etiam sit liberae voluntatis, nisi *Conuenientia in modo constituendi.*

iu-

iudex eam ex iusta causa imperet. *l.14. §. 1. D. de constitut. pec. l. 9. D. qui satisd. cog.* VOET. *ad D. tit. de pignor. n. 1.* Similiter inde fluit, quod pignoris constitutio in dubio praesumi nequeat, sed potius aliquando, circumstantiis id suadentibus, magis datio in solutum, si res simpliciter pro debito tradita. conf. HERTIVS *de pignor. tacit. conuention.* Eadem praesumtio etiam de hypothecae constitutione a legibus reiicitur. MERLIN. *de pignor. et hyp. L. 2. tit. 3 q. 94. n. 8.* Quia vero absentes per litteras suum consensum quoque declarare possunt, et praesentia contrahentium in pignoris constitutione non praecise requiritur, *l. 23. §. 1. D. de pignor. et hypoth.* illa etiam expediri potest per scripturam, immo per epistolam, in quibus dies et consul deest, *l. 34. §. 1. D. de pign. et hypoth.* vel per nuncium, et multo magis hypotheca, cum *nudo pacto* absoluatur, resque hypothecata penes debitorem maneat. DONELL. *de hypoth. c. 6. p. 200.* Et quidem de iure communi simplex contrahentium consensus, vt constituatur *pignus* et *hypotheca*, est sufficiens, nec scriptura requiritur, TEPAT. *Decis. P. 3. D. 501 l. 13:* CARPZ. *P. I C. 28. def. 122.* aut magistratus auctoritas. *l. 1. D. de pact. l. 1. D. de pignor. act.* ARNOLD. VINN. *ad I. §. 7. de action. n. 12.* Vnde tam in pignore quam hypotheca subsequens ratihabitio sufficit, si tertius rem talem obligauit. *l. 16. §. 1. D. de pignor. et hypoth.* Sed ius Saxonicum, aliorumque locorum, iudicis confirmationem, sub cuius iurisdictione *immobiles res* sitae sunt, praecise requirit, tam in *oppignoratione* quam *hypotheca*, siue generalis siue specialis constituatur, *Ordin. iudic. Saxon. tit 46. §. 2* CARPZ. *P. 2 C. 23. def. 1. seqq.* LAVTERBACH. *ad tit. de pignor. et hypoth. §. 46.* et quamuis in *hypothecae* et *pignoris constitutione* diuersitas rationis adesse videatur, quod in illa quidem creditores et emtores decipi, et iustam

ſtam allegare ignorantiam poſſint; non æque in hac: idem ius tamen in vtroque iure obtinere, liquet ex iis, quæ tradit CARPZ *cit. l. def. 5.* cuius ratio forſan hæc eſt, quod etiam *pignoris conſtitutio* inclinet ad alienationem, quæ in rebus immobilibus ex iuris Saxonici diſpoſitione fieri nequit absque iudiciali approbatione, obſeruante EODEM. *cit. l. def. 1. n. 3.* Inde infertur, nec comites, nobiles, aliasue illuſtres perſonas bonorum immobilium oppignorationem extra iudicium absque nullitatis vitio ſuſcipere poſſe, idque propter identitatem rationis, tum ne res pluribus obligentur, creditoresque decipiantur: tum quia alienatio quædam hic concurrere videtur. MARTIN. *Comment. Forenſ. tit. 46. n. 28.* CARPZ *Part. 2. Conſt. 23. def. I. n. 10. et 11.* BERLICH. *Part. 2. concluſ. 29. n. 7.* Equidem de modo conſtituendi pignus quædam adhuc inter DD. lis eſt, aliis contendentibus, pignus hoc ipſo pro tradito habendum eſſe, quod debitor aliquam rem pignori dare, promiſerit; aliis vero negantibus, nudam promiſſionem de pignore tradendo vel conſtituendo ſufficere. Prioris ſententiæ patroni inprimis ſunt MANTICA *de tacit. et ambig. conuent. L. II t. 3. n. 14.* BACHOVIVS *de pignoribus L I. C. 3 R. 3.* Poſterioris vero GABRIEL MVDAEVS *tr. de pignor. rubr. quomodo hypothec. contrahat. n. 4. 5.* et LAVTERBACH. *tr. de pignore §. VI. n. 25.* Sed facile conſtat, et MVDAEO, inter ICtos præ aliis accurato, accedendum eſſe, cum pignus referatur ad contractus *reales*, qui *nudo conſenſu* non perficiuntur, ſed ad ſuam perfectionem traditionem rei adhuc deſiderant. *§. vlt. I quib mod. re contrahit. oblig.* Vnde indefinita et indeterminata promiſſio v. g. erit tibi hypotheca aliqua ſeu pignus, nequidem hypothecæ conſtitutionem producit, multominus pignoris *per l. 11 §. 2. D. qui potior. in pign.* vbi dicitur: *Si colonus conuenit, vt inducta in*

fundum, illata, ibi nata, pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecæ nomine obligauerit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conuentione priori obligatur, sed ex eo, quod INDVCTA *res est.* Reuera enim in tali indefinita locutione adest tantum *promissum de hypotheca constituenda*, vel *de pignore tradendo*, qualia pacta, contractus ineundi præparatoria, ad agendum obligationem non pariunt. HARPPRECHT. *Respons. 29. n. 105. seqq.* Quandoque tertius quoque pro alio, v. c. qui conductor est, pignora dat, vel hypothecam concedit, pro eo tempore, quod conductioni per contractum est præfinitum. Quod si vero renouatio conductionis inter contrahentes fiat, finita prima conductione, pignoris a tertio constituti repetitio non aliter inducitur, quam si expressus consensus pignorantis accesserit, quippe qui vlterius non obligatur, quam quousque ab initio consensit, *l. 13. §. 11. D. loc. cond.* cum factum alterius tertio obesse non possit, *l. 27. pr. in f. de procur. l. 9. §. vlt. l. 10. de iurei. l. 155. D. de R. Iur.* et nemo vltra intentionem suam obligetur, quæ dirigit omnes actus. Eodem modo nec hypotheca per *tacitam reconductionem* prorogari potest, cum sit stricti iuris, et locator sibi imputare debeat, si diutius quam cautum est, conductorem patitur in re locata permanere. *l. 7. C. de locat. cond.* MERLIN. *de pignor. et hypoth. L. 3. t. 1. q. 39. n. 5.*

Conueniunt pignus et hypotheca in modis tollendi.

§. X. In modis quoque tollendi (X) adest convenientia inter *pignus* et *hypothecam*. Tollitur pignus variis modis, inprimis vero principali obligatione sublata, aut caussa cessante, ob quam constitutum est. MERLIN. *l. c. L. 4. t. 5. q. 133.* Inde dissolvitur pignus, 1) si debitor creditori satisfecerit,

tam

tam quoad ſortem, quam vſuras, *l. 5. 6. 13. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu. l. 18. qui pot. in pign. hab. l. vn. C. etiam ob chirogr. pec. pig. ten.* quo modo hypotheca etiam deſinit. *arg. l. 5. §. 1. D. de pign.* Satisfieri autem dicitur creditori non ſolum per veram ſolutionem, ſed etiam per *depoſitionem* pecuniæ realem. LAVTERBACH. *de pign. et hypoth. §. 4.* Hoc poſito, pignus et hypotheca etiam liberatur per ſolennem et legitimam debiti oblationem, obſignationem et depoſitionem, *arg l. 6. D. quib. mod. pig. ſolv. l. 19. C. de vſur. l. fin. C. de luit. pignor.* MERLIN. *de pignor. L. 5. t. 1. q. 44. n. 26.* HARPPRECHT. *Conſ. 70. n. 150.* Sola *condemnatio* debitoris non ſufficit, adeoque tam pignus quam hypotheca ſubſiſtit. *l. 13. §. 4. D. de pignor. et hypoth.* 2) diſſolvitur per *ſatisdationem* a creditore acceptam tam pignus quam hypotheca. BALDVIN. *de hypoth C. 20.* 3) per *remiſſionem* vel *expreſſam, l. 8. §. 1. ſeqq. h.* TEPAT. *Deciſ. P. 3. Tit. 509. c. 5.* vel *tacitam*, vt: ſi creditor ſubſcribat inſtrumento venditionis ſuper re oppignorata confecto; ita enim pignus et hypotheca remiſſa cenſetur, niſi quis expreſſe hanc clauſulam adiecerit: Mir und meinen Erben und Nachkommen ohne Schaden. BRVNNEMANN. *ad D. L 8. n 14. quib mod. pign.* HARPPRECHT. *Reſponſ. 93. n. 303. 304.* 4) Extinguitur tam pignus quam hypotheca, ſi actio perſonalis contra debitorem propterea extincta eſt, quia debitor delatum ſibi juramentum ſuper credito præſtitit, litemque ita finiuit. *L 13. D. quib. mod. pign. vel hyp. ſolu. ibi: ſi deferente creditore iurauit debitor, ſe dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, ac ſi iudicio abſolutus eſſet.* NEGUSANT. *de pign. P. 6. m. 2. n. 10.* Hypotheca 5) corruit, ſi contractus inualiditas detegitur, et hypothecam conſtituens ex errore et falſa cauſa contractum celebrauit, eique hypothecam adiecit.

 l. 25.

l. 25. D. de pign. et hypoth. Ita enim error et falsitas actui consensum adimit, obligationemque inualidam reddit *arg. l. 5. §. 14. D. de reb eor. qui sub tutel. vel cur. sunt* Et quis dubitet, quia etiam pignus nullum sit, vbi principalis obligatio, cui accessit, vires nullas habet? 6) Pactum de non petendo pignus et hypothecam quoque ope exceptionis tollit. *l. 5. D. quib. mod. pign. et hyp. solu. l 17. § 2. de D. pact.* Si ad tempus pactum de non petendo cum debitore initum est, durante pacto, hypothecaria actio suspenditur, nisi debitor incipiat post tale pactum suspectus fieri. NEGVSANT. *l c. n 9.* MERLIN. *L. 5. t. 1 q. 44. n. 4.* 7) Legitima novatio tollit liberatque pignus, *l. 18. D. de nouation. l. 11. §. 1. D de pignor. act.* quod intelligi debet de casu, quo prior obligatio ex contrahentium voluntate sublata est. Secus est, si nouatio priori obligationi accedit: Sic si litis contestatio facta a debitore in actione hypothecaria, pignus in nexu nihilominus manet, adeo, vt si debitor condemnatus est, ante satisfactionem pignus non extinguatur. *l. 29. D. de nouat.* Nouatio enim necessaria, quae fit per litis contestationem, vel sententiam, primam obligationem non extinguit, sed alios effectus ei addit. BALDVIN. *de Hypothec. c. 20.* TEPAT. *decis. Part. 3 tit. 509. c. 8.* Eadem conditio est hypothecæ, quæ itidem definit per *voluntariam*, non vero *necessariam* nouationem. NEGVS *de pignor. P 6. m 3. n. 2.* 8) Extinguitur pignus per *confusionem* et *compensationem* debiti principalis; si v. g. creditor heres debitoris vel hic creditoris vel tertius vtriusque fuerit factus; tunc enim principalis obligatio vna cum accessoria perit. *l. 4. D. qui potior in pign. l. 9. §. 3. D. de pignor. act. l. 11. §. 2. sqq. eod.* Idemque in hypotheca obtinet, cum nemo a se ipso aliquid exigere aut securitatem de credito, quod ipse sibi debet, desiderare possit. 9) Per alienationem pignoris, *consensu creditoris* factam, ius in re censetur remissum,

non

non ipsum debitum, *l. 4. §. 1. D. quibus mod. pign. vel hyp.* quod etiam de *hypotheca* dicendum, TEPAT. *Decis. 509. c. 1.* si legitima requisita, a legibus desiderata, concurrunt, quae aliquot dissertationibus *de remission. tac. hypoth.* et *pign.* explicuit THOMASIVS. Eundem effectum consensus quoque in rei hypothecatae alienatione habet, cum nulla diuersitatis ratio dari possit. FELIN. *Consil. 2a, n. 4.* TEPAT. *l. c. c 6.* 10) Interitus rei oppignoratae quoque soluit tam pignus quam hypothecam, *l. 8. pr. D. quib. mod. pign. vel hypoth.* quatenus in totum periit. Extinctis aedibus in area tam pignus quam hypotheca remanet *L. 29. §. 2 D. de pignor et hypothec.* Sed an idem dicendum sit de rei mutatione? Distinguendum esse puto inter mutationem, dominii interitum inferentem, et rei principali obligatae tantum aliquid detrahentem, seu adiicientem; quin priori casu pignus finiatur, dubium non est, e. g. si ex ligno pignori dato nauis facta sit; hic enim specificanti cedit res eiusque dominio subiicitur *l. 18. §. pen. D. de pignor. act.* vbi dicitur: *Si quis cauerit, vt silua sibi pignori esset; nauem ex ea materia factam non esse pignoris; Cassius ait: quia aliud sit materia, aliud nauis, et ideo nominatim in dando pignore adiicendum esse ait: quaeque ex silua facta, nataue sint.* Posteriori vero casu mutatio pignus non liberat nec hypothecam soluit, licet vel maxime aedes oppignoratae destructae fuerint, et in earum area hortus aut vinea plantetur. *l. 16. §. 2. l. 29. §. 2 D. de pignor. et hyp.* ibi: *domus pignori data exusta est eamque aream emit Lucius Titius et extruxit; quaesitum est de iure pignoris? Paulus respondit, pignoris persecutionem perseuerare.* MVLLER. *ad Struu. Exercit. 26. ⊖. 49. lit. k. 11.)* Praescriptio quoque tollit pignus pro diuersitate possessorum diuersimode. Potissimum quaestio de *pignoris praescriptione* versatur circa casus sequen-

 quen-

quentes. Praescribitur enim *pignus* 1) vel a tertio bonae fidei possessore, si creditor forsan possessionem eius amisit, et tertius b. f. et iusto titulo illam acquisiuit; hic enim intra 10. vel 20. annos dominium sibi acquirit; et ius, tam debitoris, quam creditoris in pignus hac ratione extinguitur. *l. 1. 2. C. si aduers. credit. l. 7. l vlt. D. de O. et A.* Eodem modo *hypothecae* ius exspirat, si tertius possessor rei hypothecatae possessionem iusto titulo nactus fuerit, et per decennium inter *praesentes*, per viginti vero annos inter *absentes* quiete rem possederit. NEGVSANT. *de pign. p. 6. m. 2. n. 1.* MERLIN. *cit. tr. L. V. t. 1. q. 21. n. 6.* 2) vel a malae fidei possessore, qui licet longo tempore praescribere non possit, potest tamen de *iure ciuili* longissimo, vel triginta annorum spatio pignus vel hypothecam liberare. *l. 7. C. de praescript. 30. vel 40. ann.* Quodsi vero creditor posterior ab ipso debitore hypothecam consecutus fuerit, quadraginta anni, donec debitor adhuc in vita est, ad praescriptionem et pignoris et hypothecae sunt necessarii: post mortem debitoris 30. anni sufficiunt. *l. c. §. 2. de praescr. 30. vel. 40. ann.* NEGVSANT. *l. c.* 3) vel a debitore ipso contra creditorem: hoc casu certi iuris est, pignus liberari, si creditor illud post restitutionem (animo forsan repetendi et sic ad tempus factam) apud debitorem per 40. annos reliquerit; potuisset enim creditor actione *hypothecaria* pignus repetere, quod si neglexerit, post 40. annos hypothecariae actioni praescriptum est *l. 7. §. 1. C. de praescr. 30. vel. 40. ann.* In *hypothecae* praescriptione itidem 40. annorum spatium attenditur per *cit. l. 7.* quia inter pignus et hypothecam quantum ad *actionem hypothecariam* nihil interest. *§. 7. I. de action.* MERLIN. *l. c. n. 23.* Alia omnino est quaestio: vtrum creditor ita possit pignus praescribere contra debitorem, vt ei non amplius sit integrum, pignus luere? Facile

cile vero constat, pignus et hypothecam hic quoque conueni-re, creditoremque iuri pignoris luendi nullo tempore præ-scribere posse, quamdiu pignus non negat. GAIL. 2. *Obs. 18.* Alieno enim nomine sic possidet, nullumque vsucapionis vel præscriptionis initium facere potest. *pr. I. de vsuc. l. 2. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* Denique 12) pignus et hypotheca tollitur, extincto iure debitoris, quod in re habuit. *l. 31. D. de pignor. et hypoth.*

§. XI. Præterea (XI) ratione *distractionis* pignus et hypotheca conueniunt, quod vel indicat rubrica in digestis posita *de distractione pignorum et hypothec.* Videlicet inter alios pignoratitii iuris effectus hic quoque refertur, vt creditori integrum sit, pignus vendere, si debitor in mora est constitutus, pignorisue liberationem detrectat. Competit ei hæc potestas ex *iure*, quod habet in re, et *fine*, seu securitate, ratione debiti ipsi constituta. *l. 1. C. de pact. pignor.* Olim quidem vt plurimum in pignore contrahendo nominatim de eius vendendi potestate paciscebantur contrahentes, *l. 4. pr. D. et l. 4. C. de pign. act.* ne trina denunciatione opus esset. PAVL. *lib. 2. sent. tib. 5. §. 1.* Sed hoc correctum est, vt, licet vel maxime nihil expresse fuerit conuentum, illud tamen iuri pignoris inesse crederetur, *l. f. §. 1. C. de iur. domin. impetr. l. 4. verb. sed et si D. de pign. act.* et pignoris distractio, inuito etiam debitore, fieri posset. *l. 2. C. debit. vendit. pign. imped. non poss. l. 7. §. 1. D. de reb. eor. qui sub. tut. l. 1. §. 1. D. de distraction. pignor. et hyp.* Nec diuersum in *hypotheca* obtinet, cuius distractio itidem creditori indulta est, si suum aliter consequi non possit, cum eadem vtrobique adsit ratio. *l 14. C. de distract. pign.* Sed in *modo distrahendi* maxima inter *pignus et hypothecam* deprehen-

Conueniunt pignus et hypotheca ratione distractionis.

henditur differentia, cum aliter pignus alienari soleat, quam hypotheca, de qua in *cap. II.* dicendi locus erit. Fluit quoque ex fine pignorationis, quod pignus vendendi iuri per *pactum expressum* renunciari haud possit, et pactum eiusmodi pro non adiecto habeatur, idque non tantum propter creditoris ius in pignore quaesitum, sed etiam propter *vtilitatem publicam*, ne alias admodum difficulter, qui nummos crederent, inuenirentur; & indigentium inopia auxilio necessario egeret, magnaque commercio, quo salus publica alitur, deficiente fide, inferretur clades *l. 4. D. de pignorat. act. vel contr.* Et quis negaret, etiam *hypothecam simplicem* securitatis causa vnice constitui? Hac de causa si venditio rei obligatae fieri haud posset, omnem omnino vim et efficaciam illa amitteret, et consequenter pactum hypothecae adiectum, ne venderetur, naturae eius prorsus repugnaret. MERLIN. *cit. tr. L. V. Q. 95. n. 11. 12* Atque haec distrahendi pignus vel hypothecam potestas creditori etiam tunc competit, si vel maxime pars debiti soluta sit, et quaedam pars debiti, quantacunque sit, adhuc debeatur vel a debitore vel ab heredibus eius; totum enim pignus pro indiuiso tamdiu in nexu est, quamdiu creditori nondum plene est satisfactum. *l. 6. C. de distract. pign. l 8. §. si vnus D. de pignor. act.* Quocirca nec hypothecae alienatio prohibita est, nisi praeter sortem integram etiam vsurae creditori fuerint restitutae, quia eadem hic militat ratio, quae in pignore. TEPAT. *Decis. P. 3 tit. 508.* MERLIN. *de pignor. L. 4. T. 3. q. 95. n. 33.*

In modo distrahendi quoque conueniunt.

§. XII. Ipsa distractio *bona fide* fieri debet *l. 9. C. de distr. pign. l. 3. C. si pign. vend.* adeoque ipse creditor nec pignus nec hypothecam emere potest, ne quidem per substitutum.

l. 10.

l. 10 C. de diftr. pign. An vero fideiuffor a *creditore* etiam emere pignus queat? quaeritur. Et dubium non eft, quin fideiuffor fi non potius, faltem idem ius cum extraneo habere debeat, et confequenter pignus acquirere queat, inprimis cum iura fideiufforis indemnitati admodum faueant, et alias, pro ea confequenda, creditor cogi queat, vt, poftquam foluere paratus eft, iura fua et fic etiam pignora hypothecasque cedat. *l. 14. D. mandat. l. 53. D. eod. l. 20. eod.* Hac de caufa etiam a iudice impetrare poteft, vt conuentus a creditoribus *titulo emtionis* praedium creditori pignori datum fufcipiat. *l. 26. pr. D. de pign. l. 2. D. de diftract. pignor.* Nec obftat argumentum, quod contrariae fententiae patroni ex *l. 1. C. de dolo* euincere conantur. Aiunt imperatores: *fi fideiuffor a creditore pignus emerit oblata quantitate fortis et vfurarum, tibi dominium cum fructibus, quos bona fide percepit, confultius reftituet, ne fidei ruptae gratia de dolo poffit actio exerceri.* Loquitur enim lex *1)* tantum de eo, quod eft *confultius*, ne fideiuffor *doli* fufpicionem incurrat, non autem praecife difponit, iubet, aut indiftincte conftituit. 2) Adeft in *cit. l.* cafus, vbi non tam *emtio formalis* videbatur facta, quam *folutio fortis et vfurarum*, vt ipfa verba indicant, cuius nomine creditor fideiuffori pignus dimiferat, quo ipfo non tam *rem ipfam* fideiuffori vendidiffe, quam *ius fuum* ceffiffe videbatur. Sed nec huc commode referri poteft *l. 59. §. 1. D. mandat.* tradens: *fideiufforem, qui rem pignoris iure obligatam a creditore emit, mandati iudicio conuentum ab herede debitoris oblato omni debito reftituere cum fructibus cogendum, neque habendum fimili extraneo: cum in omni contractu bonam fidem praeftare debeat.* Praefupponit hic textus, aeque vt prior, fideiufforem foluiffe fortem cum vfu-

ris, hoc ipso proprie non contrahitur *emtio*, sed potius *cessio*, adeoque si fideiussor pignus retinere vellet, sine dubio contra bonam fidem ageret, id quod potissimum rationes in *cit. text.* adductae indicant. Ratio enim *cit. l. 59.* hæc est: CVM IN OMNI CONTRACTV BONAM FIDEM PRAESTARE DEBEAT, et in *l. cit. I.* NE FIDEI RVPTAE GRATIA DE DOLO POSSIT ACTIO EXERCERI. Ergo si talis deest cessio, si creditor curauit, vt iustum pretium pignoris constituatur, et fideiussor aperte, non animo *soluendi* debitum, sed *numerandi* pretium, quod b. f. constitutum est, pecuniam soluerit, emtio subsistit, nec fideiussor compelli potest, vt rem cum fructibus restituat. CABALIN. *de vsur. q. 49. n. 341. et quæst. 29. 245.* ESCOBAR *de ratiocin. comput. 17. n. 4.* Sed videndum, an in *hypotheca* quoque idem ius fideiussori sit asserendum? Hoc eo minus in dubium vocari potest, quo certius est, nullam diuersitatis rationem hic allegari posse. Immo cum hypothecæ regulariter *iudicialiter* vendantur, vt *cap. sq.* ostendam, eo minor ratio dubitandi hic concurrere potest, cum etiam ipse creditor pignus sub hasta emere non prohibeatur. MERLIN. *de pignor. L. 4. Tit. 2. q. 71.* Non tantum vero distractio pignorum est concessa, si vni creditori res est obligata, sed etiam si pluribus pignus in solidum eodem tempore obligatum est. A quolibet enim ex iis pignoris venditio valide suscipitur per *l. 16. §. 8. D. de pignor* ibi: *sed si simul illi et illi, si hoc actum est, vterque recte in solidum aget, si minus, vnusquisque pro parte.* Et secundum hanc correalis obligationis naturam hypothecam quoque quilibet ex pluribus creditoribus in solidum alienare potest post moram debitoris, vt fiat occupantis conditio melior. Sicuti enim in solidum aduersus extraneum Serviana vti possunt; ita quoque singuli effectu huius actionis gaudere debent. *l. 10. D. de*

de pignor. Equidem NEGVSANT. *P. 6. m. I. n. 34.* putat, non competere creditoribus pluribus in solidum venditionem hypothecæ, quod absurdum foret, duos emtores eiusdem rei fieri dominos in solidum. Verum eius ius, qui alterum sibi præuenire passus est, non amplius attenditur, sed præoccupantis, sicut alias possessoris in pari causa, conditio est melior, et sic qui prius hypothecam vendidit, præfertur alteri, qui alii posteriori loco eam vendidit. De *hypotheca* id indubium esse videtur, quia hic præfertur is, qui possessionem impetrauit. Sed de pignore maior ratio dubitandi; quod scilicet pluribus datum est, quia illud *coniunctim* et *pro indiuiso*, non vero *in solidum* possident, cum plures eandem rem *in solidum* possidere non possint *l. 3. §. 5. D. de acquir. vel omitt. poss.* ergo illud quoque non nisi coniunctim vendere possunt in solidum; facilius vero singuli pro rata, de quo *cap. sq.* dicendi locus erit.

§. XIII. Natura pignoris et hypothecæ potest quoque per *varia pacta* mutari, in quo rursus (XII) conuenientia quædam deprehenditur. Quæ prout vel *licita* vel *illicita* sunt, ita possunt valide et cum effectu pignori adiici, vel inualide, seu sine effectu. Sic α) valet pactum, vt pignoris interitus debitorem liberet, si casu fortuito, et sine dolo vel culpa debitoris interitus secutus fuerit; *l. 6. C. de pignor. act.* cum quilibet *extra ordinem* casum fortuitum speciali pacto in quouis contractu suscipere queat. *l. 23. D de R. I.* Eodem modo quoque *hypotheca* constitui potest, vt creditor nihil petere possit, si res hypothecata perierit. Fuit enim in creditoris arbitrio ita pacisci, VOET. *ad D. L. 20. q. 1. n. 21.* Aliud quoque β) addi potest pactum, vi cuius creditor ex pensionibus *pignoris* cre- *Conuenientia in pactis.*

 di-

ditum possit recipere, quod itidem *hypothecæ* valide adiicitur, *l. 20. D. de pignor. et hyp.* Porro γ) et hoc pactum subsistit, vt creditor nec non fideiussor soluens debitum, *pignus* iusto pretio habeat emtum; idemque creditor, qui nudam tantum *hypothecam* consecutus est, pacisci potest. *L. 1. C. de pactis pignor. l. 16. §. vlt. D. de pignor. et hypoth.* ibi: *potest ita fieri pignoris datio hypothecæue. L. vlt. D de contrah. emt.* Quodsi creditor pignus vendiderit, illud potest δ) fieri hoc pacto, *vt liceat sibi reddere pecuniam et pignus recipere* Quæritur ergo, an si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi *id* possit? Affirmat id ipsum ICtus in *l. 7. pr. D. de distr. pign. et hyp.* additque, *agi posse cum creditore, vt si quas actiones habeat, eas cedat debitori.* Idem quoque in hypotheca obtinere, statim subiicit: *Sed quod* IVLIANVS *scribit in pignore, idem et circa hypothecam est.* Similiter ε) tam in *pignore* quam *hypotheca* valet hoc pactum, *ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus*, hoc effectu, vt vtroque casu alienatio et venditio nulla sit, *l. cit. 7. in f.* quæ alias, saluo iure pignoris, valere posset, ad minimum vt translatum esset dominium. NEGVSANT. *de pignor. m. p. 2. n. 5.* Illud vero pactum ζ) vt creditor, intra certum temporis spatium debito non soluto, pignus retinere vel hypothecatam rem sibi asserere possit, iura non admittunt, quod *lex commissoria* dicitur, *l vlt. C. de pact. pign.* nec distinguunt, vtrum ab initio statim in pignoris constitutione ea lex sit adiecta, an ex interuallo? Potuit enim inopia debitoris durans propter exactionem creditoris acerbiorem & instantissimam debitori ex postfacto quoque extorquere eiusmodi pactum, et ob spem melioris fortunæ ante tempora legis commissoriæ ipsum inducere, vt tale pactum iniret. VOET. *ad D. Tit. de pignor. et hyp. n. 25.* Præterea alia adhuc ratio suadet,

vt

vt hoc pactum in *pignoribus* non valeat, quia pignora eo non dantur animo, vt dominium prorſus in creditorem transferatur, *l. 35. §. 1. D. de pignor. act.* ſed tantum, vt ſecurus ſit creditor; quin quod ad dominii translationem contractus venditionis ſimilisque dominii translatiuus neceſſarius ſit. *l. 1. C. de fundo dotal.* ANTON. FABER. in *Cod. L. 8. Tit. 22. def. 1.* Accedit receſſus imperii *de an. 1577.* vbi itidem legis commiſſoriae prohibitio renouata eſt *tit.* von Juden und ihrem Wucher. §. und dieweil. Hypothecae quoque lex illa non magis adſcribi poteſt, quam pignori, cum eadem ratio, quae in pignore militat, in hypotheca adſit, et licet creditor rem, hypothecae obnoxiam, non poſſideat, poſſet tamen vi huius pacti poſſeſſionem, et per hanc dominium a iudice impetrare, praeterlapſo termino, ſi pactum illud in hac materia haud eſſet reprobatum a LL. Vulgo confunditur cum *lege commiſſoria* aliud pactum *n*) *de cedendo pignore vel hypotheca* cum debitore initum, niſi intra certum tempus pecunia mutuo accepta reſtituatur. Fundatur illud in *l. 1. C. de pact. pign.* cuius ſunt verba haec: *qui pactus eſt, niſi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, ſolueret, ceſſurum ſe creditoribus, hypothecae venditionem non contraxit. Sed id comprehendit, quod iure ſuo creditor in adipiſcendo pignore habiturus erat. Communi itaque iure creditor hypothecam vendere debet.* Sed apparet ex his, aliud eſſe *pignoris venditionem creditori permittere;* et aliud *pignus quaſi emtum illi adiudicare.* Prius dicitur *hypothecae ceſſio*, eſtque nihil aliud, quam poteſtas, creditori facta, vt liceat ſine denunciatione pignus vel hypothecam vendere; minime vero, vt creditor illud habeat emtionis iure, pretio cum debito compenſato, cum ſi vel maxime verba *pacti dubiam* admiſiſſent interpretationem, in *ſenſu legali*

merito accipienda fuere. Non itaque hoc denotat, vt creditori in solutum sit datum pro pretio arbitrio boni viri determinando, sicut putat BRVNNEMANN. *ad L. 1. cit.* in qua sententia quoque versantur CARPZ. *L. 5. Resp. 12. n. 11. 18. et* RICHTER. *ad h. l. n. 5.* cum multis aliis. Neque enim id ex verbis adductis liquido fluit, adeoque creditor illud non sibi pro iusto pretio retinere, sed aliis bona fide vendere tenetur. Interim pactum tale θ) non reprobatum est, adeoque tam *pignori*, quam *hypothecæ* valide adiicitur, cum, eo non obstante, debitori adhuc integrum sit, pignus luere, sibique recipere *arg. l. 45. D. de solution.* VOET. *l. c. n. 26.* Proinde hoc legi commissoriæ admodum simile pactum ab illa sollicite discernendum venit, cuius species refertur in *l. 16. §. vlt. D. de pignor. Potest ita fieri pignoris datio, hypothecaeue, vt, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtionis possideat rem iusto pretio tunc æstimandum: hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio.* In propatulo est, tale pactum potius constituere *venditionem conditionalem, quam pactum commissorium*, et ab initio statim id agi, vt, debitore certo die non soluente, res creditori tanti sit emta, quanti iustum pretium eius erit die præstituto. Hinc per illud pignus pleno iure non committitur creditori, aut acquiritur, vel a debitore transfertur, vt fit in pacto commissorio. Recte igitur et hoc pactum adiicitur pignori æque ac hypothecæ per *l. cit. 16. §. vlt.*

In effectibus quoque vt plurimum conueniunt.

§. XIII. Exponendum (XIII.) adhuc est, in quibus præterea pignus et hypotheca eosdem producat *effectus*. Primus est, quod creditor tam pignoris possessionem, quam nudam hypothecam habens ius suum persequi possit, et quidem vel remedio *possessorio* vel *petitorio*. Illud eligens vtitur *interdicto*

Saluiano

Saluiano l. 1. C. de precar. Competit vero non tantum creditoribus hypothecariis, sed etiam pignoratitiis, si possessionem pignoris amiserunt, eamque a debitore repetunt *l. 1. D. de interdict. Salu.* Confer. *introduct. in ius Dig. de Saluian. interdict. §. 1.* STRYK. *de action. inuestig. Sect. II. m. 5. §. 10.* Rem ipsam oppignoratam si petunt creditores, petitoria remedia adhibent, et quidem in specie *actionem hypothecariam*, qua non pignus tantum, sed hypothecam quoque persequuntur. Licet enim pignoris possessio fuerit tradita, contingere tamen potuit, vt postea amissa sit. *l. 13. §. 3. D. de pignor.* Inde recte dicitur, inter pignus et hypothecam, quantum attinet ad *actionem hypothecariam*, differentiam nullam intercedere per §. 7. *I. de action.* ibi: *Quasi Seruiana autem est, qua creditores pignora hypothecasque persequuntur. Inter pignus vero et hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest.* Hac de causa etiam haec actio dicitur *pignoris vindicatio l. 16. §. 3. D. de pign. et hyp.* quae etiam datur contra eum, qui dolo desiit possidere. *cit. l.* VINN. *ad I. §. 7. n. 11.* STRVV. *S. I C. ex 26. th. 39. et* MVLLER *ad eundem lit. V.* Alter effectus est, quod hypotheca operetur aeque ius in re debitoris ac quidem pignus, quod supra iam obseruaui. conf. *l. 30. D. de noxal. act. l. 19. pr. D. de damno inf. l. 18. §. 2 de pignor. act. l. 12. C. de distr. pign.* Tertius effectus est, quod in creditorum concursu *pignus priuilegiatum* habens in eadem classe locoque collocetur, in quam venit *hypotheca priuilegiata*, et quod simplex possidens pignus in classem tertiam ad simplicem hypothecam habentes transferatur. *l. 19. C. qui potior. in pignor. et* GODOFRED. *ibid. in not.* Inde sicuti is, qui in refectionem aedium credidit pecuniam, habet hypothecam priuilegiatam, *l. 1. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. 5. 6. D. qui potior. in pign.* ita et idem cre-

creditor possessionem eius domus vel pignoris nactus, eodem gaudet priuilegio et iure. Nec enim pinguius ius habet *pignus*, quam *hypotheca* in concursu creditorum, adeo vt cum vtrumque æque ius in re producat, posterior creditor, qui pignus in re alteri hypothecæ iam obnoxia accepit, prioritatem prætendere non possit. *l 2. pr D. qui pot. in pign l. 2. et 4. C. qui pot. in pign. hab.* Quartus effectus est, vt creditor reddatur securus per *pignoris* possessionem ratione crediti sui, *l. 238. §. 1 D. de V. S.* et licet possessio eius reuertatur ad dominum vel alium quemcunque, creditoris tamen ius in re illa saluum nihilominus manet, et res cum onere transit suo *l. 12. 17. C. de distr. pign. l. 15. C. de pignor. et hypoth. l. 8. § vlt. C. de secund. nupt.* Eundem effectum producit *hypotheca*, quæ creditorem itidem securum præstat, et quamuis hypothecarius creditor rei possessionem non habeat, ei tamen iura satis prospexere, ne fraudari suo iure possit; sed vt res in hypotheca quidem speciali *expressæ*; in generali vero *omnes* et *singulæ* specialiter non exceptæ *(v. l. 6. sqq. D. de pign. et hypoth.)* ita afficiantur, vt alienari aliter non possint, nisi cum onere pignoris ipsis inhærente. *l. 2. D. qui potior. l. 6. C. eod. l. vnic. C rem alien. gerentib.* Nec aliud obtinet, si in *rebus mobilibus* hypotheca fuerit constituta, quamuis minus consultum sit, hypothecam in iis constituere, cum facile dispergi, consumi et in loca dissita transferri queant, quo ipso ius persequendi sit difficillimum. Equidem ait ICtus in *l. 238. §. 2. D. de V. S. vnde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus* PROPRIE *rei mobilis constitui.* Verum per vocem PROPRIE minime exclusit hypothecam in re mobili, quippe quam natura hypothecæ omnino admittit, sed id tantum demonstrauit, quoad *originem* olim tantum pignus in re mobili constitutum fuisse, de qua differentia *cap.*

sq.

sq. dicendi locus erit. Effectus alii partim iam expositi sunt, partim reseruandi capiti sequenti.

§. XV. Quae adductae sunt conuenientiae pignoris et hypothecae, in *allodialibus* indubie obtinent. Sed nihil obstat, quo minus pleraeque ad *materias feudales* applicari queant, in quibus etiam pignus et hypotheca quoad plurima conueniunt. Agite, paucis de his videamus. Ante omnia praemitto, ex nexu, qui inter dominum et vasallum deprehenditur, vasallitico potissimum sequi, vt vasallo de bonis feudalibus disponendi potestas libera sit adempta. Hac de caussa in vasalli potestate positum haud est, vel directo vel per indirectum aliquid ex re feudali alienandi, aut in alium transferendi, nisi dominus in id consenserit, et, si quidem feudum est *antiquum*, agnatorum consensus quoque accesserit, 2. F. 52. siue agatur de re *tota*, siue de *parte* alienanda. 2. *F.* 38. 2. *F.* 55. 2. *F.* 9. §. *donare.* Huic consequens est, vt nec pignus in re feudali constitui queat, sine domini consensu *Vid.* 2. *F* 55. vbi FRIDERICVS I. in campis Roncalicis ita disponit: *Sancimus, vt nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere, vel pignorare, vel quocunque modo distrahere, seu alienare, seu pro anima iudicare sine permissione illius domini, ad quem feudum spectare dignoscitur.* Sed nec *hypothecam* valere in feudalibus bonis, irrequisito domini directi consensu, manifestum est. Licet enim res, hypotheca constituta, apud debitorem maneat: transfertur tamen per eam in alterum ius in re, adeoque, si hypotheca simpliciter valeret, fieri posset, vt, debitore non soluente, ad rei distractionem perueniendum esset, quod, ne eueniat, constitutum est, vt nec hypothecae feudalis res

Conueniunt pignus et hypotheca etiam in materia feudali.

res ſubiici queat. STRVV *Synt. Iur. Feud. c. 13. §. 7. n. 4.* BERLICH. *2. C. 29 n 74.* Nec obſtat, quod *hypotheca* ſaltem poſſit aliquem effectum habere, quamdiu viuit oppignorans eiusque deſcendentes, adeoque hypotheca ſine domini conſenſu contracta quodammodo valeat; hoc enim licet admitti queat, non inducit tamen ſecuritatem plenam ſed tantum ad tempus aliquod, STRYK. *de caut. cont. S. 2. c. 4. §. 4. 6. 7.* et in primis quoad *fructus feudales*, reſpectu quorum etiam conceditur immiſſio in feudum. Ceterum ſi conſenſus a domino interpoſitus eſt, tam in pignore quam in hypotheca, tunc id operatur; vt dominus adſtringi poſtea queat, deuolutione feudi ſecuta, id debiti vſurarumque ſolutione liberare ab onere reali; hoc ſi non fecerit, creditori competit ex iure, quod habet in re, facultas retinendi et diſtrahendi feudum et quidem ideo, quia dominus, in pignus conſentiens, in omne id, quod regulariter exinde fluit, conſenſiſſe, et ſic pignoris alienationem permiſiſſe videtur. *arg.* 2 *F. 13.* ibi: *Si vero cum domini conſenſu alienauerit, ſtabilis permaneat alienatio* STRVV. *Synt. Iur. Feud. c. 13. §. 7. n. 7.* in pignoratione vero *fructuum* ſeu *commoditatum* ex feudo prouenientium domini conſenſus non requiritur; referuntur enim omnia, quae ex re proueniunt feudali, inter res allodiales et ſubiiciuntur liberae vaſalli diſpoſitioni. STRVV. *l. c. c. 12. §. 7. n. 1. ſqq.* NEGVSANT. *de pign. P. 2. m. 2. n. 48.* Facilius quoque ipſi domino poteſt vaſallus feudum pignori dare, *C. 1, X. de feud.* quia in fauorem domini oppignoratio feudi prohibita eſt, quo non excluſus videtur caſus, qui domino eſt fauorabilis. Praeterea quoque hoc modo res ad dominum ſeu naturam ſuam reuertitur, inde de eiusmodi oppignorationis validitate non eſt dubitandum. Immo ſi alii etiam, quam domino, hypotheca concedatur in rem feudalem, et id

factum

factum fit in domini fauorem, propter eandem rationem hypotheca talis subsistit. MERLIN. *de pignor. L.* 2. *t.* 1 *Q.* 10. *n.* 22. NEGVSANT. *l. c. n.* 44. Idem admitto, si feudum diuiduum vni ex pluribus dominis fuerit oppignoratum, vel hypothecae suppositum; sic enim reliquis etiam non consentientibus, feudi obligatio subsistit, quorum nullum hic vertitur praeiudicium, cum omnes partem suam liberam habeant. NEGVSANT. *l. c. n.* 45. Quin etiam tunc oppignoratio et hypothecae datio vasallo relicta est, si feudum eius est *conditionis* et *naturae*, vt vasallo relicta sit libera de eo dispositio, de quo vasallus etiam *inter viuos* disponere illudque alienare, et sic pignoris loco creditori tradere sine domini consensu potest; minus enim adhuc est, pignoris datio, quam alienatio, quae tamen eo in casu permissa est. STRVV. *Synt. Iur. Feud. c.* 4. *§.* 13. Hypothecae eo facilius subiici potest *hereditarium* feudum domino inconsulto, cum ita tantum ius in re constituatur creditori, possessione apud debitorem manente, vt ex eius fructibus adhuc seruitia praestare, seu onera feudalia satis commode sustinere queat. MERLIN. *l. c. n.* 29.

§. XVI. De feudis imperii et eorum obligatione similiter contenditur; vtrum illa sine imperatoris consensu oppignorari possint? Equidem haud nego, admodum inconueniens esse, facultatem vasallorum *maiorum* seu *statuum imperii* metiri secundum libertatem restrictam quorumuis aliorum humiliorum et minutorum vasallorum in feudis; interim tamen nec immensa nullisque finibus circumscripta potestas iis attribui potest. Hac de causa iam antiquissimis temporibus hoc temperamentum vniuersa Germaniae praxis fere recepit, vt quilibet imperii status vnam vel alteram partem sui feudi e. g. *Quoad feuda imperii idem obtinet.*

certam praefecturam, vulgo ein Amt, pignoris loco creditori libere sine imperatoris vel imperii consensu tradere queat, principatus vero, comitatus integri vel dynastiae neque alienari neque pignoris nexu affici debeant. Nec obstat, quod iure feudali Longobardico vasallis licitum non sit, quicquam alienare, sine praescitu et consensu domini: *2. F. 52. et 55.* ius enim feudale commune ad vasallos Longobardicos in hoc, vti in aliis casibus, facilius applicari potest, quam ad status imperii, quorum conditio tractu temporis immutata et in maiorem libertatem, altioremque locum euecta, adeoque maxime diuersa est a vasallorum eorum statu, de quibus disponit ius Longobardicum. Quamuis itaque principes aliique status imperii sint vasalli, gaudent tamen sua praeeminentia singulari, et maiori in rebus suis libertate, sicut egregie demonstrauit FRANZKIVS in consilio quodam MSC. cuius potiora excerpsit STRVV. *Synt. Iur. Feud. c. 14. §. 29. 5.* Es giebet auch die gemeine praxis, daß Churfürsten und andere hohe Stände des Reichs bey Aufnehmung gewisser Geld-Summen auf theils ihre Aemter, wenn sie gleich derselben possession auf die creditores transferiren, bey der Kayserl. Maj. specificum consensum auszubringen nicht vonnöthen haben, wie solches der *Referent apud* GYLMANN. *tom. 4. Symphor vol. 3. part. 1. n. 90. notabiliter* ausführet. *conf. et consil. Argentor. 30. n. 11. vbi idem asseritur.* &c. Post pauca addit: Und wenn dieses in solchen Stücken also genau von denen Fürstl. Successoribus wolte betrachtet und disputiret werden, so würden dergestalt in dem Heil. Röm. Reiche über alle Maße viel und grosse Irrungen entstehen, und mancher ehrlicher Mann, der nicht allein in solchen und dergleichen Fällen seinem Landsfürsten getrauet, gewaltig zu kurtz kommen, sondern auch in der Wahrheit denen Churfürsten und Ständen die Hände überaus sehr in ihrer Landes-Administra-

ministration gebunden werden, daß sie zu Derselben Besten weder ichtwas am Gelde in ihren Nöthen aufnehmen, noch auch wol, und zwar um so viel destoweniger verdiente Leute, wegen ihrer getreuen Dienste, remuneriren könten. Dieweil aber das contrarium ex praxi Imperii von vielen langen Jahren hero mit gutem Succeſs zu der Landes Wolfahrt practiciret worden, so wird man viel weniger dasjenige mit Fug zu difficultiren haben, was titulo oneroſo, wie im gegenwärtigen Fall geschehen, acquiriret worden. Ex his ſimul conſtat, *hypothecae* conſtitutionem imperii ſtatibus multo magis liberam eſſe, cum illi, qui plus poteſt, id, quod minus eſt, non debeat eſſe ademtum. HARPRECHT *reſponſ. 66. n. 72.* ZIEGLER. *de iur. maieſt. L. 1. c. 4. §. 28.* ITTER. *de feud. Imper. c. 23. §. 5.* STRYK. *de obligat. feud. conſ. munit. c. 2. n. 10.*

§. XVII. Feudis affinia ſunt fideicommiſſa familiarum illuſtrium, tam *teſtamento*, quam *inter viuos* conſtitutorum, quae poſteriora vocantur *fideicommiſſa conuentionalia*, de quibus ex profeſſo agit HARPR. *de fideic. conuent.* Inter illuſtres hoc ipſum potiſſimum iniri ſolet per pactum de non alienandis bonis in extraneum, quod ſaepe tam late concipi ſolet, vt comprehendat etiam *acquirenda*, so wohl die Güter, die wir anietzo haben, oder noch künfftig überkommen mögen, vbi potiſſimum quaeſtio naſcitur: an *pignoris* et *hypothecae* datio in eiusmodi bonis valeat? Equidem de iure Romano quin valere debeat, nullus dubito. Quod enim ad *pignus* attinet, notum eſt, pactum non afficere rem ipſam, *l. 2. pr. D. de pollicit.* adeoque his, quorum intereſt, non alienari vel oppignorari talia bona, non competere *realem* actionem contra tertium pignoris poſſeſſorem, ſed tantum actionem *perſonalem* contra eum, qui contra datam fidem pignori rem dedit. Nec in ſimplici *hypothecae*

Conueniunt pignus et hypotheca etiam in fideicommiſſ. familiar.

Vtrumque in his valet de iure Romano.

 con-

constitutione aliud obtinet, cum pactum inter alios initum aliis non praeiudicet, adeoque hypothecaria agenti non possit obiici exceptio *pacti*, quod ipsum nec stringit, nec concernit. Neque tale pactum *nullitatem alienationis* operatur, sed tantum obstringit paciscentem, ne rem alienet, sed fidem datam seruet; interim tertio bonae fidei possessori non obest. BACHOV. *de action. D. 4. th. 19.* GAIL. *l. 2. obs. 16. n. 5.* SCHILT. *ex 40. §. 49.* RICCIVS *dec. 471.* Equidem si in *traditionibus* rerum tale pactum adiicitur, h. e. si eo tempore, quo in alium transfertur, pactum de non alienando additur, illud plus operari, facile concedo per *l. 48. D. de pact.* et inprimis per *l. 5. C. si mancip. ita venier..* quia hac traditione non libera potestas, sed ius *limitatum* et *restrictum* in alterum translatum est, et conditio, sub qua alienatio facta, cohaeret rei, quae eius alienationem impedit, id quod his verbis in *cit. l.* exprimitur: *neque enim conditio, quae personae eius cohaesit, immutari facto eius, qui ea lege comparauit, potest.* Sed diuersa est ratio intuitu illorum bonorum, quae singuli iam possident, quae olim pleno iure acquisiuerunt, et quibus in acquisitione a tradente talis lex non est praescripta. Ratione horum tale pactum idem operari nequit respectu tertii possessoris. Equidem in *l. f. C. de reb. alien. non alien.* pacto tali hic effectus tribuitur, vt omnis alienatio sit *probibenda*, quod facile admitto, si is, quem ex *cit. l. 5.* supposui casum, adsit, h. e. si tale pactum inter contrahentes traditioni adiectum sit; de eo enim textum commode intelligi posse, suadent verba: *Si pactio contrahentium*, h. e. qui contractum, quo res alienatur, inierunt, *hoc admiserit.* Immo si etiam de illo casu, quem in quaestione supposui, lex loqueretur, id tamen tantum inde colligi posset, alienationem *probibendam*, h. e. eos, quorum interest, interuenire et *probibere* posse,

posse, ne alienatio fiat; factam autem reuocare eosdem posse, minime asseritur; nec enim omne, quod prohibitum, est ipso iure nullum, quid? quod contrarium in *l. 61. D. de pact.* afferatur, vbi dicitur: *nemo paciscendo efficere potest, ne inuito vicino praedium alienet.* h. e. vt alienatio sit nulla, quamuis pactum inter paciscentes aliquem effectum habere possit. Vnde recte distinguit HERTIVS *diss. de pact. ne domin. rem suam alien. §. 17.* inter pacta *constitutiua* et *reseruatiua*: illa, ait, non afficiunt rem, sed personam tantum adstringunt et obligationem constituunt; haec vero, quibus sibi quis reseruat ius competens in ipsa traditione, alienationem prorsus impediunt, et ita ex iure reseruato reuocari res alienata potest et quidem actione reali, quia tantum sub hac conditione dominium est translatum, ne res alienetur: hac conditione deficiente, dominium, quod implicite in hoc casu sibi reseruauit alienans, reuiuiscit, et effectus suos exserit, cum qualemcunque legem quilibet suae rei dicere queat. *l. 20. §. 1. D. de pact. dotal.* Nec contrarium euincitur ex *l. 7. in f. D. de distr. pign* vbi constitutioni pignoris vel hypothecae haec lex adiecta: *ne liceat debitori rem vendere.* Nam 1) pactum hoc ipsi pignoris dationi adiectum est, et sic quodammodo ad casum in *l. 48. D. de pact.* expressum pertinet, et quamuis 2) non illi, cui traditur, haec lex sit imposita, salua tamen est creditori actio realis ex pignore vel hypotheca contra quemuis possessorem, et denique 3) dicitur; *nullam esse venditionem*, vt emtor ex illa agere non possit, ad implendum contractum creditore interueniente; non vero dicitur, nullam alienationem ad hunc effectum, vt ne quidem translatum sit dominium. MVDAEVS *ad tit. de pignor. et hypoth. rubr. de pact. pign. n. 18.* HERTIVS *cit. l. n. 11.* Equidem in contrariam abit sententiam HARPRECHT *de fideic. conuent. 1. §. 65. n. 9. sqq.*

ſqq. ſed fere tantum auctoritatibus Dd. pugnat, quorum tamen ingentem numerum quoque in contrarium antea adduxerat, quos etiam in ſcenam producit HERTIVS §. 16. Adeoque ſi Dd. ſententiis pugnandum eſſet, perſuaſiſſimum habeo, inſignem cohortem, a noſtra ſententia ſtantem, in aciem produci poſſe; verum rationum ponderibus, non auctoritatibus, pugnandum eſſe noui. Interim qui tali fideicommiſſo conuentionali eo caſu, quo ſimpliciter bonorum omnium alienationem paciſcentes prohibent, in effectu *ius ſuccedendi pactitium* conſtituitur, quod moribus *ius hereditarium* tribuit, immo id potiſſimum intenditur: facilius concedo, etiam hodie ſucceſſores in hoc fideicommiſſo propter *ius hereditarium* pacto quæſitum bona reuocare poſſe a creditoribus. Quia vero hoc caſu non ſunt ſucceſſores *ſingulares*, ſed *vniuerſales* et pactum hodie in his caſibus idem operatur, quod teſtamentum, h. e. *ius hereditarium*, quod ſua natura titulum vniuerſalem conſtituit, non aliter ea reuocare poſſunt, quam debito ſoluto, h. e. pignus et hypothecam luere tenentur, vt alii heredes, quorum vicem et ſtatum ſuſtinent. vid. STRYK. *diſſ. 8. de ſucceſſ. ab int. c. 7. §. 44.* Proinde ſi res eſſet prorſus alienata, ne quidem rem reuocare poſſunt, quod factum defuncti, vt *heredes vniuerſales*, præſtare teneantur. IDEM *cit. tr. diſſ. 7. c. 1. §. 7.* Qui diſſentiunt, notione *pacti* decipiuntur, quod de iure Romano titulum *ſingularem* vnice conſtituit, id quod tamen ſatis incongrue ad ius Germanicum et hodiernam praxin transferunt. Incognita erat *ſucceſſio conuentionalis*, nec pacto *ius hereditarium* ordinarie conſtituebatur, adeoque non poterat non, qui pacto quid acquirebat, dici ſingularis ſucceſſor. Interim eam admittebant rationem, vt etiam is, qui hereditatem emerat, alioue titulo ſingulari acquiſiuerat, heredis loco eſſet, eiusque onera ſubiret, *l. 2. §. 8. et 18. D. de hered. vel act. vendit.*

l. 9.

l. 9. de commun. praed. multo magis ergo id admittendum erit moribus nostris, quo per pacta *ius hereditarium* alteri quaeritur, cui non possunt non inesse onera hereditaria in eo consistentia, vt 1) factum defuncti praestet; 2) aes alienum defuncti soluat.

CAPVT II.

DE IVRE HYPOTHECAE ET PIGNORIS DIVERSO.

ARGVMENTVM.

I. II. Pignus olim in re mobili constitutum. Huius rationes. Deinceps in re immobili coepit constitui. III. Hypothecae ratio. IV. Pignoris iura determinantur legibus ciuilibus. V. Pignus contractu, hypotheca pacto praetorio constituitur. VI. In illo possessio transfertur et iure Germ. ius dominio proximum. VII. Pignus antichreticum in bonis immobilibus illis negatur, quibus horum acquisitio interdica. An Judaeis? VIII. Hypotheca solo consensu constituitur, non pignus. IX. Quando illa tacite constituatur? X. Vtriusque differentia ratione obiecti. XI. Bona immobilia ecclesiae pignori sine solennitate dari nequeunt. An instrumenta rustica?

XII. Feudo in pignus traditoſine domini conſenſu, felonia committitur, non hypothecæ conſtitutione. XIII. Textus I. F. 5. et II. F. 8. explicantur. XIV. Vtriusque differentia in modo vtrumque tollendi. XV. Hypotheca lege conſtituitur, non pignus. XVI. Obligationes creditoris ex pignoris poſſesſione. XVII. Iura et actiones ex pignoris poſſeſſione. XVIII. De pacto antichretico, pignori adiecto. XIX. Poſſeſſoris antichretici paria ſubinde iura ſunt ac domini. XX. Hypothecæ ius incipit a conſtitutione, pignus ex momento traditionis. XXI. Quatenus ab alterutro ad alterum valeat argumentum? XXII. Dantur pignora reluitionis expertia; in hypothecis ſemper ſalua eſt liberatio. XXIII. Ius retentionis in pignore tantum competit. XXIV. Vtriusque diſcrimen ratione diſtractionis, XXV. variorumque effectuum, XXVI. et ratione exceptionis excuſſionis.

§. I.

Progreſſus ad thema diſſertationis.

Expoſitis iis, in quibus *pignus* et *hypotheca* præcipue conueniunt, propius accedo ad argumentum propoſitum, oſtenſurus differentias vtriusque capitales, fontesque aperturus, vnde ex vtriusque diuerſa natura et indole alia atque alia iura deriuantur. Sat multæ adductæ ſunt conuenientiæ; verum differentiarum non minor eſt numerus, vt vel inde facile conſtet, pignus ab hypotheca ſedulo adhuc eſſe diſcernendum. Sicut autem omnino conueniens eſt, vt res diuerſæ diuerſis inſigniantur nominibus; ita quoque pignus et hypotheca ſatis congrue et *appellatione* et *ſignificatione* ſunt diſtin-

distincta et a se inuicem separata, vt eo rectius quiduis seorsim considerari, et ex propriis suis iuribus diiudicari queat.

§. II. Pignus quid proprie denotet, vel ex *vocis* deriuatione constat, vnde olim notabilis deducta fuit differentia. Pignus dici a *pugno*, olim obseruauit CAIVS in *l. 238. §. 2. D. d. V. S.* quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Inde infert: *Vnde etiam potest videri, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.* Origini hoc consentaneum esse, et hoc intuitu vocem *proprie* ICtum adhibuisse, censet SCIPIO GENTILIS *lib. singul. orig. voc. pignus;* sed *originis rationem* non tradit. Magis rem acu tetigisse videtur GRAVIN. *in orig. iur. ciuil. lib. 2. §. 78.* aiens: *pignoris nota erat manus compressio, vnde ICtus ait, pignus dictum a pugno. Hinc apparet, pignus proprie ad res mobiles pertinere.* Ea forsan de caussa etiam passim *pignoris depositi* fit mentio apud PAVLVM *lib. 2. sent. tit. 5. §. 1. et lib. 5. tit. 26. §. 4. l. 36. D. de condict. indeb.* vt non inepte IVSTINIANVS in §. 7. *I. de action.* asserere videatur, *pignoris appellatione proprie rem contineri, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit.* Quamuis vero, cum SALMASIO *de mod. vsur. c. 13.* MENAGIVS *amoen. iur. ciu. c. 30.* CAII deriuationem, vt falsam et ineptam, reiiciat, id tamen ad minimum negari nequit, primordialiter pignus ex aliis caussis *in rebus mobilibus* tantum constitutum fuisse, vt multa ICtorum loca arguunt. Neque enim *res immobiles* commode pignori tradi posse credebantur. Hae *sua natura* fructus ferunt, quos tamen ex *natura contractus* percipere non poterat creditor, quae vnice *securitatem creditoris* pro credito intendebat; nec initio *pignus antichreticum* no-

Olim tantum pignus in re mobili consistebat, hypotheca in immobili.

tum fuisse videtur. *Fiducia* potius vetustissimis temporibu adhiberi solebat, quando *res immobiles* in securitatem essen dandæ. Erat fiducia contractus, quo res creditori mancipa batur, vel in iure cedebatur, vt soluta ad diem pecunia, re manciparetur, non soluta, creditori pleno iure committere tur. Transferebatur in hoc contractu dominium, et vi eiu fructus possessor percipere poterat. PAVL. *lib. 2. sent. tit.* 23 *§.* 2. GVTHERIVS *lib. 3. de iur. man. c.* 2. SCHVLTING. *in iu rispr. antei. p. 282. seq.* Erat ergo fiducia pignoris ius affine quo intuitu sæpe coniunguntur apud PAVLVM, *l. 6. sent. tit.* 2(*§.* 4. magnopere tamen differebant. Tandem vt etiam fin *mancipatione* et *fiducia* res immobiles possent obligari, *pactu hypothecæ* Prætor intuitu earum introduxit, ne pignoris cau nimis arcte concluderetur. Ita ergo ICti, qui differentian inter *pignus* et *hypothecam* constituere, non errarunt, sed *pri mordia iuris antiqui* retulerunt, et praxin antiquorum tempo rum enarrarant. Hæc primordia vero ibi non substiterunt, vt inceperunt, sed praxi forensi latius extensa sunt, vt ex multi liquet. Inualuit paulisper etiam *pactum antichreticum l. 33. D. d pign. act. l. 11. §. 1. D. de pignor.* quo introducto, etiam res im mobiles pignori datæ sunt, et ita tandem differentia ration *obiecti* sublata, admissumque, vt pignus tam in re *mobili* quar *immobili* constitui posset, *l. 8. §. 5. D. de transact. l. 2. §. 5. D. c relig. l. 39. D. d. pign. act.* et similiter quoque hypotheca in vtr que re valeret.

Hypotheca iu- ris mere ciui lis inuentum est; pignus vero in ratio ne naturali fundatum.

§. III. Quæ dicta sunt, eo magis illustrabuntur, si orig nem et rationem hypothecarum intuemur. Hypotheca der uatur a Graeco verbo ὑποτίθεμαι, quod *supponere* et *obligatio subiicere rem* significat, quod quidem non solum de *rebus im*

m

mobilibus, ſed etiam *mobilibus* prædicari poteſt. In his enim æque poteſt creditori ius in re conſtitui ac in immobilibus; ſi tamen id, quod *conſultum* eſt intuemur, facile apparet, non adeo ſecure id fieri propter facilem translationem rerum mobilium in alium, et eas recuperandi difficultatem. Eſt itaque hypotheca in ſenſu natiuo *ius reale in re debitoris conſtitutum in ſecuritatem debiti, ſed citra traditionem, vt res per conuentionem nudam obligetur, et in nexu conſtituatur.* Id ipſum vero ex *naturali ratione* deduci non poteſt, vti quidem *pignoris* cauſa. Hæc ex ſua natura ſecuritatem operatur, adeoque quod *traditur* alicui in *debiti ſecuritatem*, apud omnes gentes hunc habuit effectum, vt ratione debiti ſecuritatem operari poſſet, et ſic etiam ante omnes leges ciuiles obtinuit. Eius exemplum exſtat in codice ſacro *Gen. 38. v. 17.* vbi Thamar a Iuda ſocero ſuo pignoris loco petierat eius annulum, baculum, cingulumque, vsque dum promiſſam mercedem conſequeretur, adeoque recte pignoris electio iuris naturalis eſſe dicitur GROTIO *de I. B. et P. L. 2. C. 12. §. 13. n. 1.* quamuis negari non poſſit, eius originem non eſſe ex hominis erga hominem beneficentia, ſed ex diffidentia in perſonam, et quia credunt, ſatius eſſe pignori incumbere, quam in perſonam agere *l. 25. D. de R. I.* Hypothecam non æque in *ratione naturali* fundatam eſſe, nec aliunde venire cenſent, quam ex *iuris ciuilis* inuentione et diſpoſitione: ante eius determinationem vix concipi poſſe, quomodo alicui poſſit dari ſecuritas in re, quam non poſſidet, quæ ei non traditur; cum omnis ſecuritas primario inde, quod quis rem teneat, deriuanda ſit. Ignotum igitur iure gentium eſſe, quid eſſet hypotheca, quosue produceret effectus, exiſtimat ROCCA *Diſput. ſelect. c. 72. n. 20. ſqq.* docetque, illud eſſe

figmentum iuris ciuilis Romani, adeoque vix esse, vt inter gentes rudera eius sint apparitura. In statu quidem naturali viuentibus hypothecæ fere inutiles videntur, cum securitatem absque possessione non habeant, sed ad eius consecutionem bellum gerere aut vi hypothecam occupare teneantur, quod etiam ob debitum gerere possent, si vel maxime nulla esset hypotheca constituta. Nam *non solutio debiti* est iusta causa belli, et ex hac etiam rerum occupatio per se fluit, vt adeoque *conuentio hypothecæ* videatur esse superflua. Maiorem vtilitatem ex tali conuentione habere possunt, qui in *ciuili statu* viuunt, quippe qui communem iudicem in re publica habent, hypothecæque possessionem nancisci per eum possunt, si iure ciuili hic effectus nudæ conuentioni tributus, vt ius in re operetur. ROCCA *disp. sel. c.* 72. *n.* 23. Illustrabo id verbis PVFENDORFII, qui *lib. V. de iur. nat. et gent. c.* 10. *n.* 16. ita disserit: *Solet ius Romanum distinguere inter pignus specialiter sic dictum, et hypothecam; quorum illud constituitur rei traditione, hæc autem constat nuda assignatione boni alicuius potissimum immobilis, ex qua solutione non facta, suum nancisci possit creditor. Nam res mobiles nuda hypotheca obligari inconueniens est, cum facile possint remoueri, et sic creditori nequeant securitatem præstare. Circa hanc distinctionem notandum, illam vtiliter locum posse habere inter ciues eiusdem reip. Nam cum frequens vrgeat necessitas mutuum sumere, huius solutio sæpe in diem solet differri; neque semper ea rerum mobilium copia sit, quæ sufficiens præstare pignus queant: inde durum nimis foret, statim ad traditionem rerum immobilium, puta, ædium aut fundorum adigi. Conf. etiam Exod.* 22. 26. 27. *Deuter.* 24. 6. *Job.*22.6.24.4. *Prov.*20.16.*l.*6.7.*D.de pignor.Igitur sufficiebat rem*

im-

immobilem designari, qua creditori caueatur; quae neque auferri, et in quam per iudicem immissio semper obtineri possit. Ast inter eos, qui in libertate naturali inuicem viuunt, nudae hypothecae sunt inutiles. Nam vbi vltro debitor soluere renuerit, vi vtique et armis erit inuadenda possessio hypothecae. Atqui etiam citra assignationem hypothecae inter tales quaelibet bona debitoris inuadere licebat. Addit tamen HERTIVS *de pign. conuent. tacito §. 1.* postquam locum PVFENDORFII adduxit: *potior nobis videtur ratio; vt dominium, ita et ius in re sine traditione vera vel quasi, etiam secundum ius naturale non possit constitui.*

§. IV. Inde per se fluit, principem tollere ius illud posse, nec eo ipso agere contra ius *naturae* vel *gentium*. Quae enim mera iuris ciuilis inuenta sunt, omnemque suam caussam ei debent, legislatoris voluntate tolli et abrogari possunt. ROCCA *l. c. c. 131. n. 36.* Non aeque facile, saluis ciuium commodis, pignoris contractus tolli potest, quippe quem necessitas humani generis et indigentia produxit, et quo respublica carere non potest. Interim legislatoris vtique est, hoc negotium specialius determinare, ne *humanitatis regulae* nimis ex diffidentia et creditorum duritie laedantur. Notatu sane digna est diuina dispositio de pignoribus, qua eorum rigorem temperauit, sine dubio eam ob rationem, quod optime hominum indigentiae conscius esset, cognitumque haberet, naturali rationi admodum conforme esse, aliorum mentes tenaciores per *realem* rerum *traditionem*, et talem securitatem ad pecuniam credendam commouere. Deprehenditur ipsa diuina dispositio in republica Iudaica, in specie vero *Exodi 22. v. 26. 27.*

Hypothecam princeps plene tollere potest, non aeque pignus.

27. vbi ſtatutum videtur fuiſſe inter Hebræos, vt creditor debitori veſtem oppignoratam, vel alia vtenſilia, quibus interdiu carere non poterat, reſtituat ſingulis diebus, et quidem ſi in veſte conſiſtebat pignus, vſui diurno inſeruiente, oriente ſole illa ſingulis diebus erat reddenda; ſi vero nocturno vſui erat deſtinata, occidente ſole ad debitorem vt reuerteretur, curare debebat. HAHN. *ad Weſ. L.13. Tit. 7. n. 7.* De hypotheca nihil decernitur, quippe quæ tunc temporis fuit ignota, adeo vt nulla eius veſtigia in ſacris appareant.

Differentia ab eius indole et natura petita.

§. V. Naturam *pignoris* ſi intuemur, inter *contractus* iuris gentium illud locum ſuum obtinere, in confeſſo eſt, et quidem inter contractus reales, qui non aliter, niſi *rei traditione* perficiuntur, qua de cauſa pignus neceſſario in creditorem tranſire debet, tamdiu, donec pecunia fuerit reddita reſtitutaque. *l. 138. §. 2. D. de V. S. §. 4. I. quib. mod. r econtr. obl.* Hypotheca vero eſt *pactum prætorium*, quo res penes debitorem manet, et creditori in illam *ius reale* ſolummodo promittitur, et ex ſingulari iuris prætorii diſpoſitione eidem acquiritur, vt propter qualitatem rei hypothecatæ inditam non ſoluto debito contra quemuis eius poſſeſſorem agere queat. Prætores demum huic pacto vim tribuiſſe notum eſt. De iure ciuili talis conuentio non tantum *nuda* erat, et ità *ſine omni effectu*, ſed etiam præterea ſecuritatem nullam creditori præſtare poſſe videbatur. Ipſa promiſſio erat *nuda voluntatis declaratio*, quæ etiam in conuentione de reddendo debito occurrebat, et præter *obligationem perſonæ* alium haud producebat effectum. Vt *ius in re* in alterum transferretur, *traditione* opus erat, quæ hic deficiebat. Quid? quod ſecuritas, ſi quæ creditori tribuenda, per *rei traditionem* facienda videbatur, quod

quod etiam *ius ciuile* optime perſpexit. Prætores tandem tali conuentioni, ſine traditione interpoſitæ, extra ordinem, et contra rationem iuris ciuilis, plenam efficaciam attribuere, vt *effectus pignoris* haberet. Equidem ſi verum fateri licet, in effectu hodie non amplius eſt differentia inter *pacta* et *contractus*, cum hodie ex *pacto* quolibet detur valida actio, ſicuti ex contractu, SCHILTER. *Prax. Iur. Rom.* VOET. *ad D. L. 2. Tit. 14. n. 9.* et conſequenter nec dici poteſt, hodie *pignus* et *hypothecam* differre ratione conſenſus, quo conſtituuntur. In eo tamen vtique diſcrimen occurrit inſigne, quod hypotheca, creditori conceſſa, nihil aliud contineat, quam *ius* quoddam *fictum*, ſeu *intellectuale* in re alterius per iuris Romani diſpoſitionem introductum et determinatum; pignus e contrario in ſpecie ſic dictum, nihil *ficti* in ſe habet, ſed reuera exiſtit in manibus creditoris, vt ille ei incumbere queat in debiti ſecuritatem. MERLIN. *l. c. L. 4. q. 181.* Hac de cauſa non adeo errare videntur, qui, quod traditur, *verum*: hypothecam vero *fictum pignus* appellant, ROCCA *diſp. ſelect. c. 72. n. 23.* quia in illo adeſt realis ſecuritas, non item in hac, ſed multis ambagibus adhuc opus eſt, vt quis tandem, pretio non ſoluto, poſſeſſionem rei ſibi obligatæ conſequatur, vnde tandem ſecuritatem plenam et realem nanciſcitur.

§. VI. Eſt ergo primaria differentia, vnde tot diuerſa iura fluunt, in eo quærenda, quod in pignore *poſſeſſio vera* in creditorem transferatur, eaque, ſaluo quamuis iure dominii, a debitore ita abeat, vt etiam furtum eius committere poſſit. *§. 10. Inſt. de obligationib. quæ ex delict. naſcuntur.* In hypotheca poſſeſſionem debitor retinet cum omnibus iuribus et commodis, quibus creditor hoc caſu deſtituitur. Equi-

Tranſit vera poſſeſſio in pignore non in hypotheca.

dem iam supra *Cap. I. §. 3.* obseruaui, de iure Romano pign *in bonis debitoris* manere, nec, translata possessione, sim transferri dominium. Quia tamen, vt PAVLVS *in l. 1. §. 1. D. acquir. vel amitt. possess.* ait, *dominium ex naturali possessic coepit*, ita plurimi effectus tam *dominio* quam *possessioni* coh rent, vt ipsemet creditor ius quoddam dominio simile in gnore habere videatur, provt infra per varios iurium effect declarabitur. Quod si paulo propius *iuris Germanici* placi intuemur, adhuc insigniorem inter pignus et hypothecam n tabilioremque deprehendimus differentiam, maxime si res ir mobiles, fundi, castra, tractusque terrarum pignori subiec sunt, cuius possessorem einen Pfand-Schillings Innhaber a pellare solent, et cui ius quoddam potentius, experientia t ste, tribuitur. BESOLD. *in thesaur. pract. voce* Pfand-Schillin MARTIN. VRAN. *volum 2. consil. 56. n. 5.* STRYK. *in V. M. tit. pignorat. act. §. 7.* THOMAS. *de Vsu Pract. distinct. int emt. cum pact. retrouend. et contract. pignorat* STRAVCH. *de o pignor. rer. imper* Vt paucis rem complectar, quam prælau dati autores, et inter illos quoque GVNDLING. *diss. de iur. o pignor. territ.* plena manu explicuerunt, Germani ad primo dia rerum et iurium respexerunt, considerantes ipsa domin ex *naturali possessione* cœpisse, et inde inferentes, per trad tionem pignoris, maxime antichretici, ius quoddam domin in creditorem transire. Habet ergo *ius Germanicu* hoc singulare præ *iure Romano*, quod creditori, rem oppign ratam possidenti, concedat *dominium quoddam vtile* illius re vi cuius fructus ex illa natos percipere et suos facere poss Debet hoc dominium vtile originem suam non iuri Saxonic solum, sed etiam Sueuico, estque sic reuera iuris Teutonic Conueniunt in eo ambo specula, tum Saxonicum, tum Sueu cum, vt ius dominio simile in creditorem transeat, idque o

Immo iure Germanico ius dominii simile transfertur.

tinuisse per totam Germaniam, vel inde constat, quod antiqua diplomata de hoc iure adhuc loquantur, et praxis imperii recentior cum antiquo conspiret. Conf. Sachsen-Spiegel *L. 3. art. 64.* Schwaben-Spiegel *L. 1. c. 108.* Aliis hoc testimoniis exornat STRAVCH. *de oppignoration. rerum imp. c. 10. §. 34.* Docet etiam praxis seculi XIII. et XIV. vt et antiquorum temporum, quod possessoribus pignorum in Germania semper permissum fuerit, ex rebus immobilibus oppignoratis, quas dixere einen Pfand-Schilling, omnes fructus percipere, sine vlla rationum redditione, vsque dum sors iterum soluta fuerit, vti probant *formulae Marculphi et Sirmondicae,* adductae a THOMASIO *in diss. de vsu. Pract. distinct. inter emt. cum pact. de retrouendend. et contractu pignor. c. 2 §. 28. sq.* nec sublatum est illud ius per iurisprudentiam Romanam in foris Germaniae postea receptam. Licet enim quidam interdum fuerint, qui secundum ius Romanum rationes de bonis in antichresin datis petierint a creditoribus; alii tamen, et quidem rerum Germanicarum peritiores, iuxta praxin antiquam iuris Germanici a rationibus reddendis eos liberarunt, contenderuntque, pignus eiusmodi Germanorum magis esse in effectu *emtionem cum pacto de retrouendendo,* quam pignus cum pacto antichretico, cum fructus omnes sine rationum redditione suos faciat creditor, nec in sortem quid computare teneatur. Inde est, quod multis Ictis admodum familiare fit, asserere, oppignorationes huiusmodi cum retrouenditionibus in effectu eadem iura habere, id quod tamen tantum intelligendum est respectu habito ad ius Romanum, non Germanicum. Inualuit enim mos hic loquendi, oppignorationes et venditiones esse vnum idemque, quia iure consulti academici, introducto in Academiis iure Iustinianeo, oppi-

 gnoratio-

nibus hisce ob effectuum ex iure Germanico identitatem applicuerunt *iura retrouenditionis*, et inde argumenta traxerunt, quæ rectius ex antiqua et genuina natura oppignorationum Germanicarum petere potuissent. Interim, hac non obstante incommoda argumentandi ratione, immutata permansit antiqua oppignorationum natura, sicut profitentur ICti celeberrimi WESEMBEC. *consil.* 173. 199. 309. *n.* 6. BESOLD. *thesaur. pract. voce* Pfandschafften. L. B. DE LYNCKER. *Resp.* 148. *n.* 67. HERTIVS *de superioritate territoriali* §. 65. STRAVCH *de oppignorat. rer. imper. c.* 10. §. 33 WEHNER. *Obseru. Pract. verb.* Pfandschafft. STRYK. *vs. m. ad tit. de pignor. act. cit. l.* Hinc ille, qui tenet castrum per contractum pignoratitium, vulgo Pfandschafft, non tantum facit fructus suos, secundum totius fere Alemanniæ consuetudinem generalem, sed etiam alios effectus dominii in eo exercet, quod confirmat GYLMANNVS, *tom.* 4. *p.* 1. 41. *n.* 14 *inquiens*: *secundum consuetudinem Germaniæ receptum est, interueniente pacto, de lucrandis fructibus pignoris maxime vbi castra et ciuitates pignoratæ sunt, easdem cedere creditori.* Non obscure quoque dominium vtile in *Instr. pac. Westph. Art. V.* §. 26. adscribitur creditori, cum debitori tribuatur *dominium directum*, quod fieri non potuisset propter correlatiuorum et indolem et rationem, nisi iuris fuisset Germanici, vt creditor etiam haberet dominium aliquod vtile bonorum oppignoratorum. Putat quidem ICtus celeberrimus, IO. STRAVCHIVS, in dissertatione allegata, ius illud creditoris nihil aliud hodie esse, quam quod Romanis olim fuerit *fiducia*, de qua in Codice Theodosiano vestigia supersunt. Sed si vel maxime quædam conuenientia in ea deprehenditur cum pignore Germanico, minime tamen credendum est, Germanos iura sua a *fiduciario contractu* Romanorum mutuasse,

quamuis

quamuis hactenus in eo conueniant, vt sicuti fiducia Romanorum dominium quoddam in creditorem transferat cum fructuum perceptione; ita per oppignorationem Germanorum itidem dominium et fructus in creditorem transeant, vt iam antea monui. Repetenda potius sunt iura pignorum ex institutis Germanorum pristinis, cum, quae domi nata sunt, quae propriam rationem habent, aliunde peti haud debeant. Conf. THOMAS. *in not. ad cit.* STRAVCHII *Dissertationem.* Dominium vero istud vtile creditoribus hactenus vindicatum in oppignorationibus, minime iis tribui potest, qui hypotheca tantum in debitoris gaudent bonis immobilibus. Illi enim hypothecarii creditores nec possessionem, nec aliud ius, ratione fructuum percipiendorum consecuti sunt, hinc solo *iure reali* tantum contenti esse debent, quod ex iure Romano in Germania receptum est, vi cuius in concursu suum peculiarem locum obtinent; extra eum vero ius persequendi hypothecam habent contra quemuis possessorem. Haec de conceptu *pignoris* et *hypothecae* diuerso. De specialioribus effectibus infra agendi locus erit.

§. XVII. Quaerunt quidam differentiam inter pignus et hypothecam quoad *personas acquirentes*. Permissum enim esse nonnullis hypothecam acquirere aiunt, quibus pignora habere non licet. Sic prohibentur *forenses* in quibusdam locis per statutum bona stabilia acquirere, qui consequenter a pignorum, in rebus immobilibus consistentium, possessione quoque arcentur, quod talis pignoris acquisitio sub eiusmodi statuto comprehendi videatur; sed hypothecam esse eiusmodi creditoribus interdictam, nemo asserere audet. ROCCA *disput. iur. select. cap. 139 n. 18. sqq.* Eiusmodi enim statuti interpretatio vim inferret legislatori seu eius auctori, cuius in- *De differentia quoad personas acquirentes.*

tentio eo tantum fuit directa, ne bona ab aliis quam propriis subditis possiderentur. Tetigi iam *c. antec.* §. 7. illam obseruationem, et asserui, alienatione in forensem prohibita, non statim censeri pignoris vel hypothecæ constitutionem interdictam. Vnde potius mens statuti penitius est consideranda. Si tam late illa patet, vt omnis possessio rerum immobilium forensibus sit interdicta, vt nequidem prædia conducere possint, nec immobilia sub pignore antichretico accipere queunt, quamuis iis hypotheca constitui queat. Ceterum si statuti ratio tantum translationem dominii in forenses prohibet, tunc obtinet *l. 24. D. de pign.* de qua dixi *cit. l.* Inde quæritur, an Iudæi possint pignus habere in rebus immobilibus? Equidem constat inter omnes, quod bona immobilia non magis possidere possint, quam eis concessum est, ad honores et dignitates adspirare. Habentur in tota fere Germania quodammodo peregrinorum ad instar, adeo vt iuris communis in vniuersum participes non sint, maxime in quantum hoc illis prodesse posset ad ampliandam eorum potentiam seu libertatem sibi vindicandam, id quod potissimum statuta determinant. Quam ob rem nec res immobiles pignoris antichretici nexu affectas possidere possunt iis in locis, vbi nec prædia conducere possunt. Reuera enim in antichresi præter *pignus* de iure Rom. tacita quædam latitat *locatio*, *l. 14. C. de vsur.* adeoque qui conducere prædia prohibentur, nec iure antichretico illa possidere possunt. Militibus interdicta est locatio prædiorum rusticorum *in l. 31. C. locat.* similiter clericis locatio prædiorum secularium *Nov. 123. c. 6.* An ergo possunt iure antichretico possidere prædia rustica? Equidem simplicem hypothecam in talia prædia acquirere non prohibentur: ast a *pignore antichretico* merito arcentur, quia in eo eadem si non

maior

maior ratio eſt, quæ in locatione prohibita occurrit. Quid vero ſi Iudæis ſpeciatim permiſſum, vt poſſint mutuum dare ſub pignoribus et tamen prædiorum ruſticorum conductio eis interdicta ſit? Illam permiſſionem hoc caſu temperandam et limitandam eſſe crederem, vt non extendi debeat ad pignus antichreticum rerum immobilium, cum lex generalis ex *ſpeciali* exceptionem accipiat. Extra hunc caſum, ſi conductio iis eſt interdicta, ſed tantum ſimplex bonorum acquiſitio, merito accedo ſententiæ ROCCAE *cit. l.* facultatem fœnerandi ſub pignoribus Iudæis conceſſam etiam ad immobilia extendendam eſſe, quamuis MERLIN. *de pign. lib. 1. tit. 3. qu. 16.* diſſentire videatur.

§. VIII. Ante omnia differentia inſignis deprehenditur *in modo conſtituendi.* Hypotheca, quibuscunque verbis etiam absque ſcriptura, *ſolo conſenſu,* contrahitur, immo in eius conſtitutione magis contrahentium mens, quam verba inſpiciuntur, *l. 4. D. de pign. et hypoth.* vt voluntas tacita etiam ſufficiat, ſi aliunde certum ſit, quales res debitor in ſecuritatem velit eſſe obligatas. HARPRECHT *Reſponſ. 93. n. 12.* adeoque de voluntate eorum certo conſtare debet, *l. 11. C. quæ res pign. l. 5. C. qui pot. in pign.* Ex temporis curſu conſtitui nunquam poteſt; licet enim creditor per longum tempus vel longiſſimum teneat inſtrumentum, hypothecam tamen per id ſibi conſtitutam eſſe, aſſerere nequit. MERLIN. *L. 1. q. 33. n. 2.* HAHN. *ad Weſenb. L. 20. tit. 1. n. 4.* Pignus vero nudo conſenſu non contrahitur, ſed *rei traditione*, et ita quoque diuerſum adeſt obligandi fundamentum. Ait imperator *in §. 4. I. quib. mod. re contrah. obl. creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur*, adeoque antequam rem accepit, non adeſt *obligatio*

In modo conſtituendi eſt diuerſitas.

gatio, nec *pignus* contractum. Proinde si sub poena pignus in quadam re constitui prohibitum est, illa locum habere nequit, antequam res pignori accepta sit. Ait ICtus *in l. 5. D. quae res pign. creditor, qui sciens filium faml. a parente pignori* ACCEPIT, *relegatur*. Quid si tantum *conuentio de pignore dando inita*? poenae locus non erit, cum sola *destinatio* nec pignus nec hypothecam constituat, *l. 4. eod. l. 11. pr. D qui potior. in pign.* Hinc errat WESENBECIVS, existimans, *nuda conuentione* pignus constitui, et *contractibus consensualibus* annumerandum esse. Nec obstat, *l. 1. D. de pigneratit. act.* vbi ICtus ita: *pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conuentione, et si non traditum sit.* Vox *pignoris* enim hoc loco non denotat *contractum*, sed accipitur pro *iure reali pigneratitio*, quod vel *traditione* constituitur, vel per *nudam conuentionem*. Apertius hoc probat *l. 44. §. 5. D. de vsucap. non mutat vsucapio superueniens pro emtore vel herede, quo minus pignoris persecutio salua sit. Vt enim vsusfructus vsucapi non potest, ita persecutio pignoris quae nulla societate dominii coniungitur, sed sola conuentione constituitur, vsucapione non perimitur.* De *persecutione pignoris* seu *iure reali* hoc loco sermo est, quod nuda conuentione etiam constitutum fuit. Persecutio enim est effectus *iuris realis* et, *sola conuentione*, idem denotat, quod in *l. 1. cit. nuda conuentio*, nec dici potest, quod *contractus* non perimatur vsucapione, sed potius *ius reale*. Immo ne quidem assertum WESENBECII accipi potest de *nuda hypothecae conuentione*, quam etiam MERLINVS *de pign. l. 1. qu. 6. n. 2.* contractum *innominatum* dicit, et alibi *contractum consensualem*; nam, vt recte obseruat HERTIVS *de pign. conuent. tacit. §. 2.* contractuum consensualium ea est indoles, vt vterque contrahentium ex iis obligetur; hypothecae autem constitutio vtraque ex parte

te

te obligationem non producit, neque ex ea creditor aut debitor obligatur hactenus, vt *actio personalis* inde nascatur: vnde per *nudum pactum* hypothecam constitui, recte Romani dixere. Pignus vtique *contractum* constituit, indeque nascitur obligatio bilateralis, et *actio personalis* tam *directa* quam *contraria*. Ex pacto hypothecae *nulla personalis* actio fluit, sed per illud *ius in re* producitur, ex quo realis, *hypothecaria* scilicet, fluit. Nec dici potest, hodie tamen ex *pacto de pignore dando* adesse actionem personalem, et tale *pactum* ad minimum *hypothecam* constituere; nam *pactum de pignore dando* adhuc separandum ab hypothecae conuentione. Videndum vtique in omni negotio, qua intentione aliquid agatur, *l. 7. §. 12. D. de pact.* Cui promittitur *datio pignoris*, noluit esse contentus hypotheca, et ita alter ex promisso suo obligatur hodie ad pignus, quod specialiter promisit, dandum. Ast qui hypotheca contentus esse voluit, ex illa promissione non agit *actione personali*, sed demum *reali*, si debitor in mora est.

§. IX. Praeterea non *expresso* consensu tantum constituitur hypotheca, sed inducitur etiam ex *tacita voluntate*, veluti ex designatione a debitore creditori eum in finem facta, vt creditor sciat, ex qua re satisfactionem consequi possit, si debitum non fuerit debito modo solutum, si vel maxime *de hypotheca* expresse non facta fuerit mentio, sicut etiam fieri solet, si testator iusserit, vt legatum ex hac vel illa re praestetur; hoc enim casu res illa in specie est obligata, *L. 1. C. Comm. legat. et fideicom.* NEGVSANT. *de pign. p. 2. m. 4 n. 104.* Nec dici potest, quod *nudae demonstrationis* gratia designatio loci adiecta sit; haec enim esset superflua, nisi etiam id operaretur, vt res ipsa afficeretur, et vel vendi, vel in solutum adiudicari possit creditori. MERLIN. *L. 2. Tit. 3. q 91.* HERTIVS *cit. l. §. 6.* Similiter ex illa formula: *fide et periculo rerum ad me*

Hypotheca etiam tacite constituitur.

pertinentium, vel *per earum rerum exactionem satisfieri tibi promitto*, non *pignus* sed *hypotheca* constituitur iuxta *l. f. C. quae res pign. oblig. poss.* Quamuis enim *hypothecae* non facta sit mentio, *iustum tamen est*, *voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere*, vt ait Imperator in *cit. l. f.* Varia alia exempla subiicit HERTIVS *cit. l.* quae naturam *hypothecae* diuersam a *pignore* demonstrant.

In obiecto quoque differunt. §. X. Veniamus ad *res*, in quibus pignus vel hypotheca constitui potest, ratione quarum maxima diuersitas occurrit. Nam aliae pignori dari, hypothecae vero subiici non possunt; rursus aliae hypothecae supponi, sed pignori dari nequeunt. Sic prohibitum non est, omnia bona, tam praesentia quam futura, hypothecae subiicere, *l. 1. D. de pign. et hyp. l. fin. C. quae res pign. obl. poss. l 15 D. de pignor. l. 34. §. 2. eod.* adeo, vt futurorum bonorum expressio in instrumento obligationis nequidem necessaria sit, sed iam subintelligatur, si vel haec clausula tantum adsit: *fide et periculo rerum ad me pertinentium, vel per earum exactionem satisfieri tibi promitto*, quia contrahentium mens semper praeualet verborum sono, *l. 9. C. quae res pign. obl. poss.* STRYK. V. M. *L. 20. tit. 1. §. 15* Pignoris loco dari tantum possunt *praesentia*, minime *futura*; horum enim traditio per rerum naturam est impossibilis, quae tamen in pignore est necessaria. Quid? quod ne quidem *praesentia omnia* pignori dari possint, quia debitor se ita possessione omnium bonorum abdicare teneretur, quo ipso in extremam egestatem prolaberetur non tantum, sed fructu crediti priuaretur. Idem est dicendum de fructibus pendentibus et foetibus futuris animalium, DONELL. *de pignor. C. 7.* qui licet actu nondum sit, sperantur tamen certo, hinc ius reale in-

terum

terim alii in iis constitui potest, per hypothecam; ast in *pignus* non cadunt. Eadem ratione hypothecam constituere potest euentualem debitor, licet nulla adhuc habeat bona: pignus non potest, nisi qui rei oppignorandæ possessionem iam habet. MERLIN. *L.* 2. *q.* 1. *n.* 2. Sunt etiam, quæ pignus recipiunt, non hypothecam, ex institutis ciuitatum quarundam peculiaribus. De Aegyptiis narrant, quod admodum conseruationi corporum parentum suorum defunctorum studuerint, eaque sæpe pignori quoque dederint, vt possessionem eorum in promtu semper haberent, et mutuum, iis pignoris loco datis, facilius acciperent. Sed hypothecæ hoc in casu vsus nullus erat. Sine dubio enim cadauera parentum pro *carissimis* habebantur *pignoribus*, quorum derelictio in manibus creditoris non tantum nefas habebatur, sed quorum nimis longa detentio etiam debitori nociua poterat esse, eique notam impietatis inurere; vnde fiebat, vt creditores illa non in manibus debitoris relinquerent, sed securitatis gratia in possessione habere desiderarent. BALDVIN *de pign. p. m.* 235. Eodem fere modo viui homines in Hispania pignori dari possunt, vt creditori inseruiant, ad seruitiaque parati sint, vsque dum satisfactum fuerit creditori. MERLIN. *L.* 2. *t.* 1. *q.* 50. *n.* 45. Sed hypothecam in eos nemo sibi acquirit, inprimis cum liber homo alias in commercio non sit, *l.* 6. *C. quæ res pign. obl. poss. vel non.* et seruitia magis quam hominis corpus oppignorata videantur, quia illorum datur æstimatio, non vero corporis, vt fere in seruis Romanis contingit, qui pro dotium animi ratione vel agilitate in seruitiorum præstatione maiori vel minori pretio vendebantur. *conf. not. ad Instit. L.* 1. *tit.* 3 *lit. d.* Verum id inter nos vsum habere vix poterit, dum nemo huius generis pignora recipere aut creditori dare possit.

In re ecclesiæ constitui potest hypotheca, non pignus.

§. XI. Vtilior longe est hæc quæstio, an pignus in rebus *ecclesiæ* constitui possit? Equidem certum est, res ecclesiæ immobiles alienari non posse, nisi solennibus quibusdam adhibitis; alienationem vero omnem actum comprehendere, per quem ad translationem dominii siue in totum siue pro parte, similisque iuris in re deuenitur, *l. 14. C. de S. S. eccl. c. 5. X. de reb. eccles. alien. vel non.* adeoque nec in rebus ecclesiasticis pignoris constitutionem valere posse. CORVIN. *de person. et benefic. eccles. Tom. II. L. 7. tit. 4.* Ne igitur creditor iure suo cadat, solennia in bonorum ecclesiasticorum alienatione necessaria adhibere debet. Sed *generali hypothecæ* bona ecclesiæ subiicere non est interdictum, etiamsi nullæ solennitates fuerint adhibitæ. *Nou. 7. c. 6. in fin.* Per hypothecam enim generalem possessio non transit in creditorem, nec res tam stricte afficitur, quam per specialem Conf. *ius eccles. Protest. L. 3. tit. 16. § 35.*

Quæ differentia etiam in aliis occurrit.

Porro prohibita quoque est *rusticis* oppignoratio *instrumentorum rusticorum*, adeo, vt creditor ea accipiens infamiam incurrat, extraordinariaque pœna afficiatur iuxta *authent. agricultores, C. quæ res pignor. oblig. et l. 7. 8. eod.* quæ omnia in fauorem agriculturæ introducta sunt, ne instrumentis ablatis inculti agri iaceant. Extenditur hoc priuilegium quoque ad eum casum, si pignora capienda sunt *rei iudicatæ exequendæ* causa, per *l. cit. 7. 8.* nisi contingat, vt rusticus præter illa instrumenta nihil habeat. STRYK. *V. M. L. 20. tit. 1. §. 16.* Hypothecæ vero etiam illa instrumenta possunt subiici, et sub generali etiam comprehenduntur, si vel *expresse* eorum facta mentio, vel alia bona non habeat debitor, quam talia instrumenta vid. *l. 6. de D. pign. et hypoth.* Alias enim si ad agriculturam pertinentia relinquenda essent absolute et simpliciter rusticis obæratis, competentiæ beneficium iis indulgeretur,

quod

quod leges tamen nullibi disposuerunt. Huc etiam respicit *ordinatio processs. Saxon. tit. 39. §. 5.* his verbis: Daß man alles Werckzeuges, so einer zu seiner Kunst, Handthierung oder täglichem Arbeit bedürfftig, auch der Pferde, Ochsen, Schaafe, des Saamens und anders, was man zum Ackerbau nothwendig haben muß, verschone, und dasselbe ehe nicht angreiffe, es sey denn an andern fahrenden oder liegenden Gütern auch aus denen Schulden so viel nicht vorhanden, daß sich der creditor darinnen erhohlen könne. Aliorum locorum ordinationes adducit MARTIN. *ad ord. proc. Sax. Tit. 39. §. 5. n. 12.* vbi in sequentibus communem praxin adducit, et multis autoribus comprobat. Itaque instrumenta rustica omnino comprehendi sub hypothecae nexu possunt, et gaudent tantum *ordinis* beneficio, ne ad ea, nisi in subsidium, deueniatur.

§. XII. Quod ad *feudum* attinet, notum est, quod vasallus sine domini consensu nihil quicquam suscipere possit, quod ad *alienationem* eius tendit. Hinc illud hypothecae subiicere vel pignori aliter dare nequit, nisi requisito domini consensu, 2. *F. 55.* Equidem olim vsque ad dimidiam partem vasallus feudum oppignorare poterat, sine permissione domini. *1. F. 5.* Sed eiusmodi oppignoratio valebat tantum, donec feudum domino aperiebatur: quo facto creditor tenebatur domino feudum gratis restituere, *1. F. 5. in fin.* quia ius creditoris resoluitur, iure debitoris desinente. THOMAS. *diss. de causis probibit. alienat. feud. §. 21.* Sed haec ita obtinuerunt *iure Longobardico veteri.* Constitutio LOTHARII Imperatoris partis quoque alienationem interdixisse videtur *in 2 F. 38.* quo cauetur, vt, *si vasallus contra constitutionem* LOTHARII *regis beneficium alienauerit, si totum, perdat totum, si partem, perdat partem et ad dominum reuertatur.* STRVV. *Syntagm. I. F. c. 13. §. 9. n. 7.* In

In feudalibus bonis quoque discrimen est inter pignus et hypothecam.

 praxi

nam sine consensu domini qui pignori feudum dat, feloniam committit. praxi quoque (sub limitatione tamen, quae *c. 1. §. 16.* adducta) itidem vasallus, siue totum feudum siue eius partem alienauerit, vel alteri pignoris loco tradiderit, illo a domino priuatur, et feloniam committere dicitur, adeo vt etiam dominus, ante *casum aperturae*, statim totum feudum, vel partem alienatam, aut oppignoratam possit repetere, sicut prouisum in 2.*F.55.* Videtur enim Vasallus dominum contemsisse, eius consensum non requirendo. 2. *F. 24. in fin.* THOMAS. *de feud. alienab.* §. 4. In hoc tamen insignis differentia ab *hypotheca* cernitur. Quae enim antea de *felonia* et *priuatione* feudi dicta sunt, de eo saltim intelligi possunt casu, si feudum oppignoratum creditori etiam fuerit traditum, et vasallus hoc modo *perfecerit* alienationem, quantum in se fuit, vti recte monet ANDR. DE ISERN. *de probib. feudor. alien. per Frideric. n. 20. per traditionem, quantum in se est, Vasallus transfert ius, quod habet, faciendo totum, quod potest scil. tradendo.* conf. ROSENTHAL. *de feud. c. 9. concl. 12. n. 3.* THOMAS. *l. c. §. 13.* *non qui hypothecam constituit.* minime vero delinquit, qui hypothecam in feudo constituit, qua feudum in creditoris possessionem non abit. Fluxisse hanc diuersitatem non tam *ex iure Romano*, quam ex principiis *iuris Germanici*, a Longobardis in nonnullis retenti, non inepte iudicat THOMAS. *cit. l.* cum secundum haec *alienationem formalem* contineat, quae in *hypotheca* deficit. Addi tamen etiam haec ratio *ex iure Romano* posset, quod deficiente *traditione*, nec translata in alium possessio feudi fit, adeoq; nullum praeiudicium dominus sentiat, quod ei imminere videtur, si res irrequisito eius consensu in alium translata.

Inde illustrantur textus obscuriores. §. XIII. Secundum haec supposita textus obscuriores iuris Longobardici explicari possunt. Ait compilator *1.F. 5. pr.* Si

Si pro pignore plus medietate obligauerit (vasallus) ita, vt TRANSACTVM *permittat, vel dolo hoc egerit, amissione feudi multabitur.* Varie interpretantur commentatores vocem *transactum,* ostendente THOMASIO *cit. l. §. 12.* quae tamen ex *stylo medii aeui* satis lucis accipere potest. Secundum hunc *transactare* significat *possessionem aut rem in alium transferre,* ceu demonstrat DV FRESNE *in Glossar. med. et infim. latin. voce transactare,* et plenius exornat THOMAS. *cit. l.* Adeoque pignus *transactum* significat pignus, cuius *possessio* vel *dominium* ad creditorem est translatum, et ad hoc demum restringenda poena feloniae commissae. Alius locus aeque obscurus occurrit *2. Feud. 8. §. vlt.* vbi compilator dicit: *Nam nec pignus, quod consultum dicitur, fieri potest in feudo.* Aeque hic disputatur, quid sit *pignus consultum?* HOTTOMANNVS ad eum *text.* ait, posse intelligi pignus cum *pacto antichretico,* quod ita optime consulatur creditori; aut cum *lege commissoria,* vt videtur BITSCHIO ad *1. F. 5. et 2. F. 8.* Alii vt RHETIVS. *ad 1. F. 5. p. 248.* et STRVV. *Synt. Jur. Feud. c. 13. §. 7. n. 1.* textum ita corrigendum esse putant, vt pro *consultum* legatur; *constitutum,* quae sententia praeferenda est. Vocabulum *consultum* enim congruum non habet sensum; at *constitutum* commode denotat pignus, quod non est traditum, sed *nuda conuentione* contractum. Est haec significatio vocis *constituere,* vt adhibeatur, si quid *nude conuentum* expeditumque est inter partes sine rei traditione, adeoque *constitutum* hoc loco idem significat, quod Graeco idiomate dicitur *hypotheca,* vbi *sine traditione* res feudalis pignoris nexu afficitur. Itaque id prohibitum dicitur in *cit. text. 2. Feud. 8.* in hypotheca, quod alias etiam interdicitur debitori vasallo in *pignore.* Id tamen intelligi debet cum hoc discrimine, quod hypothecam sine domini consensu constituens non aeque feloniam committat

mittat et feudum amittat, ficut is, qui pignori illud tradidit. STRVV. *l. c. §. 9. n. 5.* NEGVSANT *de pign. p. 2. m. 2. n. 47.* Eiusmodi enim ius in re fubfiftit in praeiudicium vafalli, et eius defcendentium, et definit, fi feudum domino ex aliqua caufa fuerit apertum STRYK. *de cautel. Contr. S. 2. c. 4. §. 13.* BORCHOLT *commentar. in confuetud. feud. c. VIII. n 62.* Hinc recte dicitur, quod, alienatione fub poena prohibita, poenam non incurrat hypothecam conftituens.

Difcrimen ratione diffolutionis.

§. XIV. Diffoluitur pignus et hypotheca iisdem fere modis: vnde ratione *diffolutionis* non poteft magnum adduci difcrimen inter hanc et illud. Aliquod tamen occurrit in eo, quod creditor pignus reftituens debitori id remififfe credatur, et tacita *remiffione* nexus pignoratitius diffoluatur. *l. 3. D. de pact.* Neceffe tamen eft, vt ratio alia redditi pignoris allegari non poffit; fi enim conftat, pignus redditum fuiffe, quia debitor eo ad feftiuitatis vel alias ob caufas opus habuerat, remiffio ex *reftitutione* inferri non poteft, fed commoditas tantum conceffa videtur. BRVNNEMANN. *ad l. 3. D. de pact.* Nec aliud eft difpofitum *in l. 9. C. de remiffione pign.* vbi ita: *Nam fi recepta a creditore mancipia, quae pignori fuerant data, hac mente focero tuo tradidifti, vt pignoris vinculum tuum diffoluatur: obligatio femel extincta reftaurari non poteft.* Docet enim *textus cit.* folummodo, quid denotet redditio pignorum, et quid praefumi poffit ante contrarii probationem. conf. WISSENBACH. *ad D. thef. 16. de pact.* HVBER. *praelect. ad D. L. 20. t. 6. §. 5.* In hypotheca eiusmodi praefumtio non poteft capi, neque *tacita remiffio* ex *reftitutione* rei hypothecatae argui; nondum enim tradita fuit creditori, ergo nec reftitui potuit, aut remiffio hypothecae exinde praefumi. Praeterea diffoluitur quoque

quoque pignus quandoque per *fructuum perceptionem* ex *oppignorata* re. Pignore enim creditori tradito, quod fructus fert, is tenetur de iure Romano eos quotannis, in quantum legitimas excedunt vſuras, in ſortem computare, vt ea diminuatur, *l. 3. C. de pign. act. l. 9. C. de pign.* et ſi tandem per deminutionem iſtam tota ſublata eſt, liberatur et diſſoluitur pignus, et quidem ipſo iure. *l. 1. C. de diſtract. pign.* Obtinent hæc non tantum in fructibus *perceptis*, ſed etiam in *percipiendis*, ſeu qui a creditore, ſecundum eius conditionem et ſtatum, honeſte percipi potuerunt. *l. 3. cit.* NEGVSANT. *P. 5. m. 5. n. 1. 2.* quæ tamen de iure Romano, vt docet LAVTERBACH. *de antichreſi* multa declaratione indigent. Hodie ſecundum principia iuris Germanici rarius contingit, vt hoc modo debitum abſorbeatur, cum, prout ſupra dictum eſt, creditor interim fructus ſuos faciat, nec de iis rationem reddere teneatur. Porro non fructus ſolum, ſed *deterioratio* quoque rei pignoratæ, quæ culpa leui vel dolo creditoris fit, ſortem extenuat, vel ipſum pignus ſoluit, ſi æſtimetur deterioratio tanti, quantum eſt ipſum debitum. De hypotheca idem aſſeri non poteſt. Quæſtio enim de *fructibus* incidere non poteſt, nec illa de *rei ipſius deterioratione*, quia in hypotheca res penes debitorem manet, qui ex ea fructus percipit iure dominii, et de deterioratione quoque nemini tenetur. Denique ſunt quidam modi alii, qui vnice pignori conueniunt, non hypothecæ, veluti *abuſus*, ſi creditor res pignori datas dolo malo tractauit, vt dicitur in *l. 24. in f. D. de pign. act.* quo caſu illico pignus ſoluitur, non æque hypotheca, qua abuti creditor nequit, niſi propria auctoritate eam occupando.

§. XV.

Lex constituit hypothecam non pignus.

§. XV. Porro lex in multis casibus *hypothecam tacitam* creditoribus indulget, pignus nunquam. Sic legatario tribuitur ius reale seu hypotheca in omnibus defuncti bonis, donec legatum ei fuerit ab herede solutum, §. 2. *I. in fin. de legat. l. 1. C. commun. de legat.* non tamen in re ipsa legata, in qua habet dominium, res autem propria nemini potest esse pignori per *l. 45. D. de R. I.* Legatarius vero aliter *pignus* habere nequit, quam si testator in securitatem legati ei rem quandam ante mortem suam tradiderit, vt ea tamdiu vtatur, donec quantitas legata forsan fuerit soluta. Vnde saepius latius sese extendit *hypotheca tacita*, quam *pignus*, quod tantum *speciale* est, cum hypotheca tacita vt plurimum generalis sit.

De effectibus primariis, ex possessione pignoris redundantibus.

§. XVI. Accedo ad effectus primarios, qui *pignori* ex *possessione* tribuuntur, sed hypothecae denegandi sunt; *possessio* enim vti in iure peculiares habet effectus, ita quoque magna diuersitas iurium deprehenditur in *pignore* et *hypotheca* quoad *possessionem*; adeo vt quamuis de iure Romano pignus dicatur manere in *bonis debitoris*, creditori tamen pignoratitio ex *possessione translata* plures tribuantur effectus, qui alias ipsi cohaerent *dominio*. Non repetam, quae antea de *immobilium rerum pignore* iam adducta sunt, cuius etiam fructus interim percipit, adeo vt vel ipsam rem debitori locare queat, *l. 37. D. de pign act.* et instar domini quodammodo in eo agat. Id tantum addo, quia creditor fructus percipit, eo quod pignus possidet, et quidem *suo nomine*, licet non *animo domini*, hactenus eum obligari, vt pignus sibi traditum reficiat, vt saluum et illibatum post debiti solutionem ad dominum reuerti possit. Accedit, quod circa pignus *officio boni patris familias* fungi, seu leuem culpam praestare §. 4. *I. quib. mod. re contrah. obl.*

obl. l. 13. §. 1. D. de pign. act. adeoque omnia facere debeat, quae ad *conseruationem pignoris* pertinent, salua tamen facultate impensas necessario & vtiliter in pignus factas repetendi, *l. 8. pr. l. 25. D. de pign. action.* de quibus vt plurimum graues suboriri solent lites, dum aliter *necessariae*, aliter *vtiles* aestimantur. Haec refectio vero hypothecam habenti non incumbit, quippe quae possessorem sequitur; inde et illae lites ambiguae de *impensarum liquidatione* cessant, quae admodum fora fatigant, et plus damni quam lucri habent.

§. XVII. Tributiur vero creditori, in quem pignus translatum est, certo respectu possessio *naturalis* et rursus alio respectu *ciuilis*, cum etiam *verus possessor* dicatur. MERLIN. *de pign L. 1. t. 1. q. 6 n. 3.* Et quamuis alias creditor pignus non *animo domini* possideat, *l. 13. pr. D. de vsucap. l. 36. D. de acquirend. vel amitt. poss.* effectus tamen *ciuilis possessionis*, qua *sibi* certo modo pignus possidere dicitur, etiam habet, vt possit *remedio possessionis retinendae* vti aduersus perturbantem et possessionem impedientem, MEV. *P. 5. dec. 94.* MERLIN. *de pign. L. 4. q. 104 n. 9.* id quod alias nudis detentoribus non licet, sed tantum iis, qui *sibi* possident, sicuti creditor, *l. 3. §. 8. D. vti possid.* Licet enim debitor rem talem adhuc *possidere* dicatur, *l. 36. D. de acq. vel amitt. poss.* id tamen tantum *quoad certos effectus* intelligendum est, veluti quoad vsucapionem. *l. 1. §. 15. D. eod.* et vitandam satisdationem *l. 15. §. 2. D. qui satisd. cog.* non item quoad alios, vt ICtus in *cit. l. §. 15.* euidenter indicat; neutra vero possessio neque *ciuilis* neque *naturalis* adscribi potest creditori, qui *hypotheca* tantum contentus fuit, hinc nec *remedium possessorium*, possessionis retinendae causa, in vsum suum trahere vel adhibere potest. Admodum inconueniens esset, si eius re-

De possessionis in pignore qualitate.

retentionem quis peteret, cuius possessionem nondum est nactus. Praeterea in pignore, provt supra dictum, debitori competit *pignoratitia actio* pro pignore recuperando, si debitor soluendo debitum, illud a nexu liberauit. Sed hypothecae intuitu actio illa intentari non potest, et ne opus quidem erit actione inter debitorem et creditorem, si solutio facta, et res obligata in creditoris manus nunquam venerit, vti in hypotheca contingit. Lite enim nulla existente, frustra de actionis genere instituitur quaestio, et solutione facta, *ipso iure* tollitur qualitas illa rei inhaerens. Porro quia creditor pignus possidet, etiam *actione ad exhibendum* tenetur. Huius remedii ea est natura, vt contra quemuis possessorem possit adhiberi, sicuti reliquae in rem scriptae actiones, adeoque contra creditorem rem pignoratam possidentem competit, quotiescunque actoris interest, vt ei fiat rem videndi et explorandi copia. *l. 3. §. 7. et vlt. D. ad exhibendum.* Dicitur enim creditor rem possidere *naturaliter* et *ciuiliter*, si traditio oppignoratae rei quoque accesserit. *l. 16. D de vsucap l. 37. D. de acq. poss.* MERLIN. *l. c. L. 1. t. 1. q. 6. n. 3.* Et quidem competit, siue creditor rem adhuc *possideat*, et ita possit exhibere, siue dolo fecerit, quo minus exhibere queat; *l. 9. D. ad exhibend.* nam semper pro possessore habetur, qui fecit dolose, quo minus possideret. *l. 27. §. 3. D. de R. V. et l. 52. eod.* Contra creditorem hypothecarium frustra adhiberi, facile constat; ille enim omni et naturali et ciuili destituitur possessione, quippe quae apud debitorem manet, si res hypothecae solummodo supponitur.

Et specialibus iuribus.

§. XVIII. Pignoribus quandoque adiicitur *pactum antichreticum*, vnde creditor rem eo modo oppignoratam possidens *antichreticus* vocatur, peculiarisque prae aliis creditoribus

Inde pignori addi potest pactum antichreticum.

bus

bus hypothecariis habet iura, vt facilius ex iis, quae iam supra monita sunt, colligi poteſt. Fluunt vero illa maxime ex iure, dominio vtili ſimili, creditori competente in rem oppignoratam. LVCA *de vſur. D.9. n.6.* Dominium enim plenum quod antea ſolus habebat debitor, per *antichreſin* conſtitutam ita quodammodo diuiſum videtur, vt debitor *dominium directum* retinere dicatur, vtilitas vero ex praedio, ſeu quod *dominium vtile* dicitur, in creditorem tranſeat. Quae etiam eſt ratio, quod creditor, expreſſam antichreſin habens, a rationum redditione liberetur, maioresque in effectu vſuras, quam alias licitum eſt, percipiat. HVBER. *in Praelect. ad D. L. 20. t. 1. §. 14.* VOET. *ad D L. 20. t. 1. §. 24.* Neque enim huc pertinet *l. 3. C. de pign. act.* quae loquitur de caſu, quo fructus in ſortem imputandi ſunt. Diſtingui tamen ab eo adhuc debet *vtile vaſalli dominium*, per quod res poteſt immutari, et ad vaſalli vſum aptari, ſi per illud deterior non fiat. STRVV. *Syntagm. iur. Feud. C. 13. §. 3. n. 1.* Idem enim non licet facere antichretico creditori, qui re, ſicuti eſt, debet vti. Dominium hoc vtile, quod vaſallorum vtili dominio quodammodo reſpondet, ſi ex moribus Germanicis aeſtimatur, inprimis in oppignorationibus terrarum imperii, ſi creditor earum poſſeſſionem nanciſcitur, ſeſe exſerit, in quibus plus iuris habet, quam alius creditor in pignore priuato, adeo vt STRAVCHIVS *in diſſ. de oppign. rer. imper. §. 32.* aſſerat, oppignorationes imperii pignus non proprie conſtituere *antichreticum*, ſed magis *dominium vtile*, quod tamen intelligendum, ſi cum iure Romano hoc pignus conferatur. Alias nihil impedit, quo minus *antichreſis* dici poſſit, quia natura *pignoris Germanici* exuberantior eſt, quam Romani. Vnde iure hoc omnes reditus percipit, nec vnquam rationes reddit, aut in

ſortem, quod ſupereſt, imputat. Præterea quoque per traditionem iurisdictionis alias ad fundum ſpectantis exercitium etiam acquirit. Jurisdictio enim conceſſa eſt, vbi territorium vniuerſale alicuius directioni ſubiicitur, *l. imperium* §. *1. D. de iurisdict.* inprimis cum iurisdictio in fructibus etiam computetur, et ad creditorem tamdiu pertineat, donec pignus ad dominum reuertatur. Vid WEHNER *Obſ. Pract. voce* Pfandſchilling. Immo ſpectat quoque ad eundem poſſeſſorem pignoris exercitium iuris patronatus. PINCKELTHAVS *de iur. patron. c. 5. n. 11. ſeqq.* STRAVCH. *diſſ. allegat.* §. *45. 46. 48.* cum aliis iurium territorialium effectibus, adeo vt etiam ius circa ſacra, aliaque inde dependentia exercere poſſit, quod plenius deducit et illuſtrat GVNDLING. *de iure oppign. territor.* Deficit vero hoc ius ſingulare cum omnibus effectibus in hypothecario creditore, ſi vel maxime in totam aliquam præfecturam, ein Amt, hypothecam conſecutus fuerit. Antichreſis enim ſemper eſt effectus poſſeſſionis.

Etiam poſſeſſor antichreticus paria cum domino iura habet de iure Romano.

§. XIX. Ceterum etſi iure Romano in antichreſi creditor dominium tale, quod iure Germanico habet, non conſequatur, in pluribus tamen creditor antichreticus cum *domino* paria iura habet. Creditor ei, qui in præiudicium prædii oppignorati ædificat, nouum opus nunciare poteſt, vt opus deſtruat, vel cautionem praeſtet, *l. 9. D. de noui op. nunciat. vid Introduct. in ius Dig. L. 39. tit. 1.* §. *6.* id quod alias tantum *domino prædii* conceſſum, *l. 1.* §. *19. l. 3.* §. *3. D. de nou. oper. nunc.* adeo vt ne quidem vſufructuarius *proprio nomine* opus nouum nunciare poſſit. *l. 1.* §. *20. l. 2. eod.* Hypothecario certe hoc ius competere nequit. Licet enim omnibus iis nouum opus nunciare ſit permiſſum, qui ius in re, in cuius præiudicium ædifi-

aedificatur, habent, *l. 1. §. 19. l. 3. §. 3 D. de nov. oper. nunc.* supponendum tamen est, vt etiam simul habeant possessionem, et quidem *ciuilem*, seu vt sibi possideant, SCHILTER *ex. 42. §. 9.* vti textus allegati ostendunt. Similiter actio confessoria et negatoria tantum datur domino, *l. 2. §. 1. l. 4 §. 7. D. si seruit. vindic. l. 1. pr. l. 5. §. 1. D. si vsusfr. petat.* Ait VLPIANVS in *cit. l. 1. Haec autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit: Seruitutem enim nemo vindicare potest, quam is, qui dominium in fundo vicino habet, cui seruitutem dicit deberi.* Similiter *in cit. l. 2. pr.* dicitur; quod *negatoria competat domino, qui negat.* Et tamen *in l. 16. D. de seruitutib.* vtilis petitio seruitutis etiam datur illi, qui fundum pignori accepit, quod etiam confirmatur *l. un. in fin. D. de remiss.* et *l. 9. D. de nou. oper. nunciat.* Nihil notius est, quam actionem finium regundorum dari inter dominos agrorum vicinorum. Et tamen etiam inter eos, qui iure pignoris possident, competere potest, *l. 4. §. 9 D. fin. regund.* Condictio furtiua soli domino competit, *l. 1. D. de condict. furtiu.* et tamen is quoque, cui pignori res data est, condictione agit, si ea subrepta est, *l. 12. inf. D. de condict. furt.* Similiter aeque creditor, qui pignus accepit, damni infecti cautionem exigere potest, ac *dominus*, quod contra MARCELLVM VLPIANVS defendit in *l. 11. D. de damno inf.* Immo etiam inter eos, qui pignori acceperunt, datur vtile communi diuidundo iudicium, *l. 7. §. 6. 12. 13. D. commun. diu.*

§. XX. Differt etiam pignus ab hypotheca ratione *temporis*, quo initium eius statuendum est. Hypotheca eo tempore constituta censetur, seu ex eo momento, quo originem habuit principale debitum, seu contracta est obligatio, *l. 1. pr. D. qui pot. in pign.* Quod si enim negotium aliquod pure est cele-

Ratione initii differentia est inter pignus et hypothecam.

lebratum ſub hypotheca bonorum, ſtatim incipit, *l. 5. l. 13 §. fin. D. de pignor.* NEGVSANT. *de pign. P. 8. m. 3. n. 5.* Sin vero conditio adiecta fuerit, ad quam obligatio ſuſpenſa eſt, illa ante conditionem exiſtentem non naſcitur, et conſequenter hypotheca tunc quoque vires capit per *l. 13. §. 5. D. de pignor.* ibi: *Si ſub conditione debiti nomine obligata ſit hypotheca, dicendum eſt ante conditionem non recte agi; cum nihil interim debeatur.* MERLIN. *de pign. L. 5. tit. 2. q. 63. n. 1. ſqq.* Facile hinc liquet, quid dicendum ſit de *hypotheca pro dote inita*, an incipiat a tempore contracti, an vero a tempore diſſoluti matrimonii? Diſcernenda eſt *hypotheca* ab *actione hypothecaria.* Illa ſtatim a tempore matrimonii initi capit initium. NEGVSANT. *l. c. n. 1.* Haec vero eo tempore, quo coniugium diſſoluitur, vel alias dos repeti poteſt, competit; retrotrahitur enim conditio poſtea exiſtens ad diem contractus initi, et inde *initium hypothecae* conſtituendum eſt, id quod inſignem vſum in concurſu creditorum habet, quando creditores iuxta prioritatem temporis ſunt collocandi *l. 9. et 11. D. qui potior. in pign. hab.* Pignoris diuerſa eſt ratio et cauſa; quamuis enim quis deſtinauerat rem pignori dare, non tamen ante incipit, quam data et accepta eſt, *l. 4. D. qui res pignor. l. 1. in f. l. 11. pr. D. qui pot. in pign. hab.* Videlicet pignus refertur inter *contractus reales*, qui non perficiuntur, niſi rei traditione. Vnde res ab eo tempore qualitatem pignoratitiam induit, ex quo eius poſſeſſio in creditorem eſt translata.

An ab vno ad alterum argumentum trahi queat?

§. XXI. Porro in eo etiam quidam quaerunt differentiam, quod non ſemper argumentum a pignore ad hypothecam trahi queat, adeoque lex vel ſtatutum de pignore diſponens non facile trahi debeat ad hypothecam, tum quod ſint di-

diuersa, tum quod statutum stricte sit interpretandum, quod ex hypothesi eorum, qui in hac haeresi sunt, variis exemplis illustrat MERLINVS *de pignor. lib. 1. tit. 1. q. 4.* ipse tamen *cit. l. 8.* in contrariam abit sententiam, quod pignus ab hypotheca non adeo differat, et quod promiscue in iure accipiantur. Neutri sententiae subscribendum, sed potius ex *ratione legis* iudicandum esse arbitror, an a pignore ad hypothecam argumentum trahendum sit, quod ipse MERLIN. *cit. l. in f.* non diffitetur. Proinde si ratio statuti etiam ad *hypothecam* quadrat, merito quoque de ea debet intelligi Quodsi itaque prohibitum est, pignus constituere sub poena *amissionis* rei ipsius vel alia, ille poenam non incurrit, qui hypothecam in ea re concedit; sicut etiam vasallus propter hypothecam feudo non priuatur, bene tamen si pignori creditori dedit, vti supra ostensum. ROCCA, *l. c. c. 150 n. 47.* Similiter si sub poena testator prohibuisset oppignorationem fideicommissi, illa non trahenda esset ad hypothecam, quamuis ipsa hypotheca in praeiudicium eorum, quibus fideicommissum restituendum, haud valeret. MERLIN. *c. l. n. 16.* Alia addere supersedeo, cum hinc inde exempla, quae *rationem diuersitatis* arguunt, adducta sint.

§. XXII. Certi alias iuris est, quod debitor pignus suum semper reluere, vel rem hypothecae suppositam soluendo liberare possit, ita vt nequidem pactum in contrarium valeat. Sed in *imperii pignorationibus*, denen Reichs-Pfandschaften, occurrit discrimen inter *pignus* et *hypothecam* ratione *reluitionis.* Status enim illius temporis, quo instrumentum pacis Westphalicae componebatur, postulauit, vt quibusdam hoc daretur, ne liceret res imperii oppignoratas reluere, pro- *Dantur pignora, quae relui non possunt, quod hypothecis applicari nequit.*

ut verba *Instrument. Pac. Art. 5. §. 26. inf.* docent: *Quod ad oppignorationes imperiales attinet, cum in capitulatione Caesarea dispositum reperiatur, quod Electus Romanorum Imperator Electoribus, Principibus, ceterisque Statibus immediatis imperii eiusmodi oppignorationes confirmare, atque illos in earundem tranquilla et quieta possessione defendere ac manutenere debeat; conuentum est, hanc dispositionem, donec consensu Electorum, Principum et Statuum aliter statutum fuerit, obseruandam esse, atque propterea ciuitati Lindavv, nec non Weisenburgo in Noricis reddita sorte oppignorationes imperiales ipsis ademtas illico et plenarie restituendas.* Idem iam antea in *capitulatione Caroli V. art. 5.* est promissum: Wir sollen und wollen ꝛc. ꝛc. Denen Ständen samt der Reichs-Ritterschaft, ihro Regalia und Obrigkeiten, Freyheiten, Privilegien, Pfandschaften ꝛc. auf gebührendes Ansuchen ohne einige Weigerung und Aufenthalt in guter beständiger Form confirmiren und bestätigen, sie auch dabey als erwehlter Römis. König handhaben und schützen, ꝛc. ꝛc. Sequentium Imperatorum capitulationes, vt FERDINANDI I. RVDOLFI II. MATTHIAE, FERDINANDI II. FERDIN. III. Regis Romanorum FERDINANDI IV. LEOPOLDI, IOSEPHI, CAROLI VI. et VII. ae FRANCISCI eadem repetunt, possessoresque tueri promittunt in rerum oppignoratarum possessione, quatenus scilicet pignoris loco datae sunt ante prohibitionem reluitionis. STRAVCH. *diss. de oppignorationibus rerum imperii, thes. 38.* SCHWEDER. *iur. publ. Part spec. Sect. I. c. 23. §. 5.* De hypotheca vero nihil dispositum vsquam reperitur in legibus imperii, vel capitulationibus Caesareis, inde debitores res imperii, hypothecae ante instrumentum pacis subiectas, reluere, vel potius liberare non vetantur.

§. XXIII.

§. XXIII. Habet creditor praeter alia iura, ius quoque pignus *retinendi*, vsque dum debitum fuerit solutum; hinc eius ratione emergit noua differentia, quod creditor, cui debitor ex variis causis debet, pignus etiam propter alia debita, quam pro quibus constitutum est, possit retinere, indeque ob debitum chirographarium se etiam securum reddere, *l. vn. C. etiam ob chirogr. pec. pign. retin. posse.* STRYK. *V. M. L. 20. t. t. 5. §. 5.* Ad hypothecam vero hoc trahi nequit, quae debito soluto, propter quod constituta est hypotheca, ipso iure exspirat. Retentio enim illi dari non potest, qui rem nunquam habuit, nec vllibi dispositum reperitur, quod creditor hypothecam habens in re certa, illam retineat vel persequi possit propter aliud debitum chirographarium. Quin potius hoc loco illud obtinebit, quod hypotheca dicatur stricti iuris et non extendatur ad ea, de quibus cogitatum non est. Alias retentio pignoris quoque creditori conceditur, si impensas in rem oppignoratam fecerit, melioremque reddiderit. Potest enim, sorte cum vsuris licet soluta, nihilominus rei restitutionem denegare, vsque dum *necessariae* impensae sint restitutae, id quod de *vtilibus*, in quantum domino vtilitatem praebent, etiam intelligendum, si debitorem non nimis grauant, *l. 25. D. de pign. act.* Ast in hypotheca quaestio haec Domitiana est, cum rei hypothecatae possessionem debitor retineat, et ita de impensis in hypothecam factis moueri nequeat quaestio, nisi ex post facto hypotheca in pignus conuersa fuerit. *Ius retinendi pignori cohaeret, non hypothecae.*

§. XXIV. Diuersa etiam iura habent pignus et hypotheca, quoad *distractionem* rei obligatae. Vti vero vltimum debet esse refugium distractio et alienatio rei debitoris; ita quaedam obseruanda veniunt, quae demonstrant, *bona fide* eam esse suscep- *Differentia ratione distractionis.*

 tam.

tam. Inde prohibetur creditor emere pignus conuentionale, adeo, vt ne alium quidem interponere poſſit, per quem rem acquirat, vt diſponit *l. 10. C. de diſtract. pign.* Obuiam ire voluerunt imperatores per illam legem fraudibus creditorum, ne hi pignus villiſſimo pretio vendendo debitorem decipiant. Vbi ergo omnis ſuſpicio fraudis exulat, vbi creditor non tam procurator in rem ſuam, quam in rem debitoris videtur, iniquum haud eſt, eum eiusdem iuris cum extraneo creditore cenſeri. *l. 2. C. ſi cauſ. iudicati pign. capt. ſit.* ROCCA. *Diſp. iur. ſelect. C. 153. n. 26. ſeqq.* In hypotheca ſcilicet creditori non interdictum eſt, emere rem hypothecæ ſuppoſitam, vt aperta diuerſitatis ratio demonſtrat. Creditor enim propria auctoritate illam alienare non poteſt, quia adhuc a debitore ipſo poſſidetur, et ab alio ſine iudicis auctoritate in alterum transferri non poteſt. Inde neceſſe eſt, vt vel ab ipſo debitore vel a iudice ſub haſta vendatur res hypotheca ſubiecta, quo caſu creditor potior eſt extraneo. Præter bonam fidem in pignoris diſtractione requiritur etiam *ſolennitas*, quæ in eo conſiſtit, vt ſi pignus extraiudicialiter vendendum ſit, debitori ſemel denuncietur, adhibitis teſtibus, rem oppignoratam iri venditum, niſi debitum ſoluatur. *l. vlt. §. 1. C. de iur. dom. imp. l. 4. C. diſtract. pign.* STRYK. *V. M. L. 20. t. 5. §. 6.* Vnica hæc denunciatio tamen non ſufficit, vbi *pactum de pignore non alienando* fuit adiectum, ſed trina tunc debet adhiberi, et poſt vltimam denunciationem biennium adhuc expectari, antequam pignus diſtrahitur. STRVV. *Syntagm. Iur. Ciuil. Exerc. 26. d. 44.* DAMHOVDER. *de ſubhaſtat. c. 3. n. 39.* NEGVSANT. *P. 6. m. 1. n. 4.* HVBER. *Prælect. ad D. L. 2. t. 4. n. 6.* In hypotheca tamen magna hic adeſt diuerſitas; in ea enim non ſufficit nuda extraiudicialis denunciatio, ſed iudex adeundus, ab eoque petendum, vt, debitore

bitore prius ad ſoluendum condemnato, et præterlapſo quadrimeſtri ſpatio, quod condemnatis præſtitutum eſt, *l. 2. D. de re iudic.* immiſſio in hypothecam fiat. Hac facta poſtea implorandus iudex, vt res hypothecæ obnoxiæ haſtæ ſubiiciantur *l. 14. C. diſtract. pignor.* adeoque hypotheca non aliter, quam *auctoritate iudicis* diſtrahi poteſt. Aliquando etiam vendi poteſt pignus, nulla plane præcedente interpellatione, ſi ab initio fuerit pactum adiectum, vt, certo die ſolutione non facta, creditor illud alienandi facultate gaudeat, TEPAT. *Decij T. 502.* id quod in hypotheca iterum fieri nequit, cum eius conſtitutio creditori poſſeſſionem haud tribuat, et nemo ſine facto iudicis poſſeſſionem hypothecæ occupare queat.

§. XXV. Alios effectus producit pignus, alios hypotheca. Hinc eorum ratione occurrit diuerſitas, (1.) quod illud operetur, vt creditor ſit plene ſecurus, et non tam facile pecunia ſua queat defraudari, cum pignus poſſideat; hæc vero quandoque poſſit fieri inutilis, inprimis ſi in rebus mobilibus eſt conſtituta, illæque inter plures ſparſæ, vel alias conſumtæ ſunt, cum mobiles facilius conſumantur et in alios ſpargantur quam hypotheca. NEGVSANT. *de pign. p. 1. n. 6.* (2) Quod ratione præſcriptionis et reſpectu ſatisdationis quidem pro poſſeſſore non habeatur creditor pignus tenens, BRVNNEMANN. *ad l. 15. D. qui ſatisd. cog.* bene tamen ratione poſſeſſionis, eiusque effectuum. Quare et pignus creditori illud tribuit, vt poſſit commodo remedii poſſeſſorii gaudere, interdictoque *vti poſſidetis* agere contra eum, qui eius poſſeſſionem turbat. MEV. *p. 5. dec. 94.* Sed eum effectum hypotheca non habet, cum hypothecata res in creditorem non transferatur, illeque alio niſi petitorio remedio propter rem obligatam vti *Differentia ratione variorum effectuum.*

 non

non possit. (3) Pignus etiam id operatur, vt creditor sibi remedio *spolii* consulere possit, si ex possessione rei oppignoratæ etiam ab ipso debitore, proprio ausu deiectus est. HARPRECHT *Consultat. 20. n. 9.* Eandem quidem facultatem creditori dat interdictum *de vi et vi armata*, quippe quo omni possessori et ciuili et naturali, immo etiam nudo detentori contra iniuste deiicientem experiri licet. *l. 1. §. 9. D. de vi et vi armat. l. 14. 18. eod.* Sed hoc strictius est, et *violentiam* præsupponit, cum remedium spolii seu *ex C. redintegranda 3. C. 3. Q. 1.* cuicunque, qui quomodocunque possessione priuatus est, detur, de quo egi in *tr. Iur. Eccles. Protestant. L. II. tit. 13. §. 7. sqq.* Sed parem effectum hypothecæ adscribi non posse, facile patet. Non enim extendi potuit *canon. cit.* ad non possidentes, seu ius tantum in re habentes. Quare et hypotheca creditori non tribuit actionem spolii, si debitor forsan exciderit possessione, nec eius facile interest, quis rei hypothecæ suppositæ possessionem habeat. (4) Si debitor pignus creditori aufert, furtum committit per *§. 10. I. de oblig. quæ ex del. nasc.* vbi dicitur: *aliquando etiam rei suæ furtum quis committit, veluti si debitor rem, quam pignoris causa dedit, subtraxerit.* Tale vero quid in hypotheca contingere non potest. (5) Pignus vasallo liberationem a seruitiis præstat, si ipsi domino directo rem feudalem pignori dederit; percipit enim ipse dominus ita fructus ex feudo, ideoque seruitia, quæ propter fructuum perceptionem exhibentur, ab eo postulare nequit, propter naturam conditionalium obligationum, quæ in vasallo etiam occurrit, eoque tendit, vt ex sua parte nemo obligetur ad faciendum, nisi et alter ex sua parte, quod debet, fecerit, seu vt vnius obligatio desinat, simulac causa eius cessare incipit, SCHNEIDEWIN. *de feud. Part. 5. n. 107.* De hypotheca, domino dire-

directo constituta, iterum aliud dicendum est. Nam, cum vasallus, hypotheca concessa, in possessione persistat, fructusque percipiat, sicut ante obligationem rei, aequum omnino est, vt seruitia etiam domino praestet. (6) Hypotheca in re aliena constituta sciente creditore, si vel maxime postea debitor dominus fiat, non dat creditori ius agendi: posidenti autem pignus in re aliena constitutum eo casu datur retentio. *l. 1. pr. D de pign. et hypoth.* Confirmatur ergo pignus rei alienae a creditore sciente acceptae, sed non hypotheca. GOTHOFRED. *ad cit. l. tit. 6.* (7) Si duo pariter de hypotheca paciscantur, vt vtrique in solidum sit obligata, melior inter eos est, qui prius possessionem postea accepit. *l. 10. de pign. et hypoth.* Si duobus eodem tempore pignus datum sit, neuter potest habere prae altero praerogatiuam, dum vtrique pignus datum fuerit, prout supra iam *§. 12. in f.* obseruaui.

§. XXVI. Restat adhuc exponendum, quatenus pignus et hypotheca quoad exceptionem excussionis diuersa iura habeant. Certum vtique est, quod hypotheca simplex creditori ius quidem tribuat conueniendi possessorem quemcunque actione hypothecaria, si rem hypothecae subiectam possideat, et creditor suum creditum a debitore consequi nequeat; sed tamen non aliter, nisi principali excusso debitore. *Auth. Hoc si debitor. etc. C. de pignor. et hypoth.* Pignus vero, quod traditum est creditori, si casu fortuito possessionem amisit, repeti potest, eadem actione hypothecaria a quocunque possessore, principali debitore tamen non excusso NEGVSANT. *l. c. p. 1. n. 7.* MERLIN. *l. c. L. 1. q. 2. n. 14.* Obligatae enim rei possessor in priori casu possessionen a debitore habuit, qui est dominus, et in alium potuit transferre dominium, saluo iure hypothecae; cum in

Differunt deinique ratione exceptionis excussionis.

III. In feudis privatis propriis hypotheca constitui nequit; in fructibus feudi potest. IV. Valet hypotheca accedente domini consensu. V. Consensum specificum esse oportet. Nuda confirmatio domini non sufficit. VI. Consensus expressus interueniat, an ratihabitio, perinde est. An tacitus consensus ex silentio domini sufficienter colligatur? VII. Consensus domini in hypothecam ipsam sit directus; VIII. nec minus liber sit. IX. Dominus consentiens liberam habeat de feudo disponendi facultatem. Non sufficit Domini territorialis consensus, vel domini directi minoris, Prælati, vel feminæ. X. An procuratoris, vicariorum Imp. Prodomini, Præpositi, Præfecti prouinciæ consensus sufficiat? XI. Domini immediati consensus adhibendus. XII. Consensus domini vtrum a creditore an a debitore sit impetrandus, variæ Doctorum opiniones. XIII. An iure communi et saxonico diuersum quid obtineat? Hypotheca sub conditione consensus domini constituta, consensum domini a creditore impetrari sufficit. XIV. Nec minus hypotheca, a solo vasallo constituta, consensu domini, a creditore requisito, vim consequitur. XV. Hypotheca feudalis a solo Domino creditori vasalli absque huius consensu constituta, intuitu Domini efficax est. XVI. Obiectionum confutatio. XVII. De consensu Domini absoluto, et ad tempus adstricto, et de huius prorogatione. XVIII. De consensu agnatorum in hypothecam in feudo antiquo. XIX. Liberorum consensus in eam iure Longobardico non desideratur: XX. Iure Germanico desideratur intuitu bonorum auitorum.

§. I.

Ingressus.

Nihil dicitur, quod non sit dictum prius: est tritissimum et inter ICtos etiam decantatum prouerbium. Quot tractatus, meditationes, et dissertationes quotidie in publicum eduntur, de variis iurium articulis, ab aliis hinc inde iam excussis, quæ tamen sub incudem de nouo reuocare nec piget, nec intempestiuum est. De *hypotheca feudali* edisseruerunt plurimi; alii fusius, alii concisius; alii rursus specialibus dissertationibus, alii vero tractatibus integris, quos de *Feudis* scripsere. Hæc tamen ratio me haud deterrere a proposito potuit, quod in enucleanda *expressa feudali hypotheca* suscepi et apud animum meum constitui. Non enim, *quod* antea de tali materia ab aliis iam actum fuerit, sed *quomodo* actum sit, videndum, cum nulla doctrina tanto studio et solertia tradita sit, vt plenissime exhausta, ab omnibus dubiis liberata, nihilque alienæ industriæ relictum fuerit. Circumscribo vero mihi ipsi hos terminos, quos haud egrediar, vt *primo capite* de *legitima hypothecæ expressæ feudalis constitutione*; *altera* vero de *effectibus* eius, ea qua potest fieri, breuitate, acturus sim.

§. II.

Indoles feudorum liberam vasallis adimit dispositionem.

Vniuersa feudorum ratio, indoles, et origo ostendunt, *rerum feudalium* dispositionem liberam vasallis haud esse relictam. Hæ ab initio tantum iure quodam precarii pro seruitiis præstandis concedebantur, indeque *beneficia* adpellabantur, vt ostendit libellus peruetustus *de beneficiis* a THOMASIO editus. Non ad patrimonium *vasalli*, sed *domini* potius referebantur, et hac de causa illi integrum haud erat, de illis inscio domino dispo-

disponere, vt nec hodie clerici bona, quæ propter *officium sacrum iure beneficiario* possident, alienare aut in extraneos transferre possint, *1. F. 6. pr.* ARNOLD. LVBEC. *in Chron. Slau. libr. III. cap. XVI. XVII. XVIII.* quippe quæ vetustissima rerum feudalium imaginem adhuc præ se ferunt. Quamuis vero postea suo modo *hereditaria* h. e. ad successores feudales transitoria facta fuerint, vasallisque hoc modo dominium quoddam, quod *vtile* vocant, in iis concessum sit, atque liberior possidendi causa inde illis accesserit; immo quamuis hodie rarius ex *liberalitate dominorum*, sed vel *titulo* maxime *oneroso* acquirantur, aut allodialia bona in feudum dominis offerantur: hæc tamen plerisque feudis a prima *origine* indita natura salua permansit, vt nec secundum *ius Longobardicum*, nec secundum *ius feudale Germanicum* alienatio vasallis permissa sit. vid. THOMAS. *de caussis probibitæ alienat. feud.* Et cum inter Longobardos abusus quidam circa dispositionem de feudis irrepsissent, variis legibus his obuiam itum est, tum constitutione CONRADI, *2. Feud. 24. §. 2.* tum LOTHARII *2. Feud. 52.* tum denique FRIDERICI *2. Feud. 55.* Hac posteriori constitutione expresse cautum, vt *nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere vel pignorare, vel quocunque modo distrahere, seu alienare, vel pro anima iudicare, sine permissione illius domini, ad quem feudum spectare dignoscitur.* Sic itaque hæc regula ex hoc textu constituenda est: *nulli vasallo permissum esse, expressam hypothecam vel pignus in rebus feudalibus constituere.* Vbi enim lex *alienationem* inhibet, non solum *dominii alienatio* prohibita censenda est, sed etiam *hypotheca* et *pignoris nexus*, vt dicitur in *l. fin. C. de reb. alien. non alienand.* Quia enim per *pignus et hypothecam* ius tale creditori constituitur, per quod ad distractionem facile deueniri possit, quæ tamen vasallo interdicta

et sic quoque hypotheca constitutionem et pignoris.

terdicta est, merito constitutio eius prohiberi debuit. Nec inter *pignus* et *hypothecam* ratione *efficaciae* discrimen constituendum est, nisi quod constitutio *pignoris* in feudo *strictius* sit prohibita quam *hypotheca*, cum illa *feloniam* in se contineat, et priuatione feudi puniatur, non haec, vt constat ex *1. Feud. 5. pr.* et *2. Feud. 8. §. vlt.* MAIER. *synt. iur. feud. cap. XXV. §. 2. p. 754.* quamuis in praeiudicium domini et agnatorum itidem non valeat, vt *cap. seq.* indicandum est. Adeo ergo sub regula etiam *hypotheca* continetur, vt nequidem feudalia *tacito pignore* afficiantur, vt plenius demonstrat STRYK. *V. M. ad tit. quib. mod. pign. tac. contr. §. 21. seqq.* nec sub *generali obligatione*, omnium bonorum etiam hac clausula munita: Sie mögen Namen haben wie sie wollen: intelligantur, sub qua tantum veniunt, de quibus testator disponere probabiliter voluit ac potuit, *l. 6. D. de pign. et hypoth.* SCHRADER *de feud. part. VIII. cap. I. n. 23.* MEV. *Conf. 76. n. 30.* Notanter ait feudista 2. F. 26. §. 5. *In generali alienatione vasalli non continentur feudum, nisi nominatim dictum sit.* Quomodo vero hoc *nominatim* fieri cumeffectu possit, postea euoluendum est.

Intelligitur constitutio hypothecae de feudis priuatis.

§. III. Sicuti vero dantur feuda *propria* et *impropria*, ita non adeo mirandum est, dari etiam feuda, in quibus suo modo constitutio hypothecae expressae haud interdicta est, quae tamen tantum ad *exceptionem* referri debent. Vt vero in hanc me non diffundam, quippe quae potius *dissertatione peculiari* expedienda est, ita breuiter indicabo, de quibus feudis regula intelligi debeat. Videlicet (I) intelligenda est adducta regula de *prohibita in feudis constitutione hypothecae* de feudis *priuatis.* Iam obseruaui in *diss. de diuers. pign. et hypoth. iur.*

cap.

cap. I. §. 16. ſtatus imperii ea gaudere præeminentia, vt *præfecturas* aut alia *bona territorii*, veluti villas, pagos, &c. pignoris et hypothecæ nexui ſubiicere poſſint, vt ex praxi imperii notiſſima et vſu quotidiano illuſtrat ITTERVS de *feud. imperii cap. XXIII. §. V.* et plenius demonſtrat STRYK. *diſſert. de obligat. feud. conſenſ. munita cap. II. n. 9. ſeqq.* Laxior enim omnino eſt nexus horum *feudorum imperialium*, quam quæ ſorti priuatorum ſubiecta ſunt. Præterea reſtringenda eſt (II) adducta regula ad feuda propria: ad *impropria* quædam applicari nequit. Dantur etiam feuda *alienabilia*, quæ *inter viuos* libere alienari poſſunt, vt tamen maneant feuda. An ergo expreſſæ hypothecæ ſubiici poſſunt? De feudis Luſatiæ ſuperioris id affirmat STRYK. *diſſ. de feud. Luſ. ſup. cap. II. §. 31* quia conſtitutio *hypothecæ* bona a nexu feudali non eximit, et ſi vel maxime poſtea ob debita diſtrahi debeant, ita tamen diſtrahenda ſunt, vt maneant feuda. Feudorum *hereditariorum* eadem, immo fere maior ratio eſt, cum iure *allodialium* quoad liberam diſpoſitionem fere cenſeantur. Denique (III) illud quoque facile liquet, regulam intelligendam eſſe de ipſa *feudi* ſubſtantia, non de fructibus feudalibus, et meliorationibus, quæ mere allodiales ſunt. Subſiſtendum ergo mihi eſt in *priuati feudi ſubſtantia* et quidem *proprii*, ad minimum ratione *diſpoſitionis* et *alienationis*, in *quo* regulariter pignus vel hypotheca expreſſe conſtitui nequit, niſi ea, quæ hac in doctrina iura feudalia deſiderant, adhibita fuerint, de quibus ſpeciatim nunc agendum eſt.

item de propriis.

§. IV. Videlicet, ſicuti pignus et hypotheca, in rebus pupillorum et minorum immobilibus interdicta quidem eſt, adhibitis tamen requiſitis a lege præſcriptis valide conſtitui poteſt,

Valet hypotheca feudalis ex conſenſu domini.

test, ita pariter, non obstante adducta regula, in feudis pignus vel hypotheca expresse constitui potest, si creditor vigilauit, et vt praescripta requisita adhibeantur, curauit. Inter haec principatum gerit CONSENSVS DOMINI FEVDI, provt iudicat constitutio FRIDERICI 2. *F. 55.* vbi tantum prohibetur oppignoratio *sine permissione illius domini*, *ad quem feudum spectare dignoscitur.* Primario enim, vt ex antea dictis liquet, alienatio et oppignoratio feudi ideo est prohibita, quia in summum domini praeiudicium tendit, immo contra nexum et fidelitatem feudalem esse videtur, quo intuitu 2. *F. 24. in fin.* dicitur: vasallum, qui beneficium alienat, *dominum contemnere videri*, maxime, cum ad dominum feudum pertineat, vid. MAIER. *synt. iur. feud. cap. XXV. §. 2. p. 751.* Quodsi ergo dominus legitime consentit, omnis ratio prohibitae alienationis cessat quoad maximam partem, vt creditori satis consultum esse videatur. Nec tantum *de iure communi*; sed etiam *Saxonico* consensus domini impetrandus est, prout plenius docet CARPZ. *in diss. de oner. vasalli feudal. dec. 2. pos. 1.* contra MÖLLERVM *n. 17.* et *seqq.* cum hypotheca bonorum feudalium ex *consensu domini* demum substantiam suam capiat, id quod nullibi iure Saxonico mutatum reperitur. Quia vero circa consensum legitime interponendum ac impetrandum plura monenda sunt, hinc, vt ordine procedamus, tum de *qualitate consensus*, tum *de ipso domino consentiente* distincte ac specifice agendum est.

Consensus domini interponendus specifice.

§. V. Requiritur ergo (1) vt *consensus in hypothecam vel pignus specifice interpositus sit, et ex certa scientia.* Hac de causa STRYK. *in caut. contract. sect. II. cap. IV §. 3.* hanc suggerit cautelam, vt creditor in specie in literis Principis hanc clausulam inseri curet: Confirmiren nicht alleine diesen Contract, sondern consentiren auch in die darin geschehene Verpfändung als der Lehns-Herr

Sett. Neque enim 1) quod nonnulli volunt, sola *confirmatio* instrumento obligationis adiecta consensum feudalem arguit, quem hic desideramus, vt recte CARPZ *lib. IV. Resp. 29. et cit. diss. posit. VI.* et cum eo STRYK. *diss. de oblig. feudi cons. munit. cap. III. n. 42. sqq.* statuunt. Constat enim ex praxi quotidiana, *confirmationes* contractuum iudiciis oblatorum expediri in *forma communi*, sine causae cognitione, et quamuis nomine Principis expediantur, non tamen eas expediri nomine eius, vt *domini feudi*, sed magis vt *iudicis* supremi, praesertim, cum ipse princeps harum confirmationum rarius notitiam consequatur, et cancellariae, confirmationem nomine Principis indulgentes, qualitatem bonorum oppignoratorum non satis sciant, nec in eam inquirere necessum habeant; quin potius, sicuti *nuda confirmatio* contractum, quo immobilia pupillorum alienantur, non conualidat, quia *decretum specificum* necessarium est; ita idem quoque de hypotheca feudali dicendum. RICHTER. *de concurs. credit. c. 4. Sect. 2. n. 171.* 2) Nec sufficit confirmatio simplex in Cancellaria feudali interposita, quam quidem commendat STRYK *caut. contr. sect. II. cap. IV. §. 4.* cum non omnia, quae in *cancellaria feudali* expediuntur, ex *certa scientia domini* feudi, quae tamen hic desideratur, promanauerint. Vnde vix tutum est, solam confirmationem in *cancellaria feudali* impetrare, sine speciali Principis, vt domini feudi, subscriptione, et specifica consensus in hypothecam declaratione, cum etiam in curiis feudalibus sicut in iudiciis multa *in forma communi*, et pro sportulis fiant, de quibus nulla causae cognitio et deliberatio suscepta est. 3) Excludit quoque certa scientia omnem *sub- et obreptionem*, quae saepe dominus feudi circumuentus et ignorans literas consensus subscribit: sicuti enim rescripta alia *gratiae* sub- et obreptitie impetrata, effectu carent, ita quoque impetratio

ex certa domini scientia.

petratio

petratio consensus feudalis hoc vitio laborans cassa et irrita erit. vid. diss. STRYK. *de falsit. prec. princip. oblat.*

Dominus quoque expresse consentire debet. Praeterea quoque II) necesse est, vt dominus *expresse* in hypothecam consentiat. Agitur hic de magno domini praeiudicio, in consensu multum de iure suo remittentis, et in effectu alienum debitum *suo modo* suscipientis, quod in dubio factum fuisse non praesumitur, nisi *expressus consensus* fuerit declaratus. Sicuti enim tales causae summi praeiudicii *speciale mandatum* desiderant, L. B. de LYNCKER *de forma procur. c. 5. §. 23.* quod *expresse consensu* declarandum; ita pariter hoc quoque casu *expresso* consentire debet. *Sufficit tamen ratihabitio.* Interim 1) quia *ratihabitio omnis generaliter prorsus retrotrahitur, et confirmat ea, quae ab initio subsecuta sunt*, vt dicitur in *l. fin. C. ad SCt. Macedon.* dubitandum non est, quin etiam ratihabitio domini subsequens pro *expresso consensu* haberi debeat. ROSENTHAL *de feud. cap. IX. membr. I. concl. 28. n. 5.* BVRSAT. *consf. 49. n. 25. consf. 50. n. 28.* WESENBEC. *de feud. cap. II.* VVLTEI. *vol. IV. consf. Marp. n. 60.* Equidem ex doctrina VVLTEII *cit. l.* colligere liceret, quod vbi consensus, et quidem *specialis* et *expressus* desideratur, ratihabitio non sufficiat. Ast id non aliter admitti poterit, quam vbi *expresse* leges et quidem *pro forma praecedentem* consensum desiderant, vt olim in *nuptiis* liberorum, quod hic non aeque praecise requiritur. Conf. BRVNNEMANN *consf. 75. n. 21.* PRVCKEMANN. *Vol. I. consf. 28. n. 28.* SCHRADER *de Feud. part. 8. cap. 4. n. 3* MYNSING. *cent. 4. obs. 87.* BRVNNEMANN *consf. 29. n. 62.* *Sola scientia non sufficit.* E contrario 2) sola *scientia* domini hunc consensum non inducit, cum dominus oppignorationi et hypothecae contradicere haud debuerit. *arg. l. 4. C. de remiss. pign.* L. B. de LYNCKER *Resp. 2. n. 121.* *An tacitus consensus sufficiat?* 3) *Tacito consensui* plus tribuunt,

vt

vt idem operetur, quod *expressus*, quorsum referunt, si dominus præsens est actui, taceatque; cum enim actum contradicendo impedire potuerit, ipsum approbasse censetur. SCHRADER. *cit. l. n.* 2. BRVNN. *cit. l. n.* 23. ROSENTHAL. *de feud. cap.* 9. *membr. I. concl.* 29. *n.* 2. *sqq.* Ego subsisto, et valde dubito, an id in *hypotheca feudali* admitti queat. Grauius præiudicium domino incumbit in hac, quam in *alienatione*. Hæc fit saluo iure domini directi, vt nouus vasallus, in quem alienatio facta, feudum a domino recognoscere teneatur. Illa vero operatur, vt dominus per indirectum debitum vasalli in se suscipere, et eo non soluendo existente, aut soluere, aut admittere debeat, vt feudum vendatur. Ad minimum creditor nunquam securus est. Licet enim vasallus eo casu oppignorans a felonia immunis sit, ipsa tamen hypotheca in præiudicium domini non aliter constituta esse videtur, quam si creditor domini consensum impetrauerit. In agnatis certe *tacitum consensum* non sufficere tradunt, et tamen dominum sibi præiudicare volunt, quod hic actum impedire debuerit, vt iudicat ROSENTHAL *de feud cap.* 7. *concl* 5. *in not lit. c.* Verum quæstio est, an dominus actum impedire debuerit, cuius consensus specifice erat impetrandus, quique ob *præiudicium summum*, quod ei imminet, in dubio consensisse non videtur. Si enim consensus qualiscunque sufficeret, etiam *confirmationi* contractus *nudæ* idem effectus esset tribuendus, quod tamen negant interpretes, atque ita approbanda videtur sententia BOCERI *de mod. amitt. feud. c.* 2. *n* 24. *sqq.* cui contradicit MAIER in *syntagm. iur. feud. c.* 25. *p.* 754. ex hac vnica ratione, quod *taciturnitas* ei noceat, qui dissensu suo potuit actum impedire, quæ tamen regula ad rem *tanti præiudicii* applicari nequit.

Consensus debet esse speciatim ad hypothecam directus.

§. VII. Vlterius III.) *consensus debet esse speciatim ad hypothecam constituendam interpositus.* Consensum domini stricti iuris esse, aiunt interpretes communiter, de quo agit STRYK. *cit. diss. c. 3. n.* 2. ex quo concludunt, illum vltra id, in quod consensit, non esse porrigendum. Id ergo vnice in quaestione est: vtrum, si dominus consensit in venditionem feudi, etiam consensisse videatur in oppignorationem eius? Notum est, quod creditor *consentiendo* in alienationem rei hypothecae subiectae remisisse videatur pignus, modo tamen alienatio eo, quo consensit, modo facta fuerit. Quid ergo, si permiserit vendere, debitor vero donauerit? consensum non nocere creditori, ait *ICtus in l. 8. §. 13. D. quib. mod. pign. vel hyp solu.* quia ideo forsan in alienationem consensit, vt pretio accepto ipsi quoque res expediret. Sic quoque, quando dominus consensit in venditionem fundi, non statim consensit in constitutionem hypothecae vel pignoris, quia venditio fieri debet saluo iure domini, hoc quidem effectu, vt emtor rem a domino in feudum recognoscat, quo ipso ei non adeo praeiudicatur. Si res hypothecae subiicitur consensu domini, feudo ad eum reuerso, tenetur debitum hoc soluere ob hypothecam in feudo constitutam. Durum vero foret, dominum ad hoc adstringere, si in hypothecam non consensit, quamuis in venditionem consenserit: neque enim consensus *in praeiudicium domini* est vltra intentionem eius extendendus. ROSENTHAL *de feudis cap. IX. membr. I. concl. 34. §. 1.* Breuiter, si contractus non est similis illi, per quem feudum alienare dominus vasallo permisit, vel alienatio per hunc contractum facta plus praeiudicaret domino, quem alienatio per illum contractum facta domino noceet, dominus in eum consensisse dici nequit. SCHRADER. *cit. loc. n. 21.* STRYK. *diss. cit. de obligat. consensu domin. munita. c. III. §. 17.* HORN. *Iurispr. feud. Cap. XIX. §. 7.*

§. VIII.

§. VIII. Denique IV) consensus domini *liber* sit, necesse est, non imposturis, sollicitationibus, concussionibus, aliisque artibus pessimis extortus, quæ actum quemcunque vitiant, sicuti falsæ preces rescripta ad eas data. vid. STRYK. *de falsit. prec. princ. oblat. c. III.* Rogandus est dominus, vt consensum impertiatur, non cogendus, non vi, minisque concutiendus; Neque enim consensisse dici potest, qui coactus, qui necessitate quadam illicita territus, consensit. *l. 116. D. de R. I.* Ceterum regulariter dominus consentire non tenetur; magis vinculum *pudoris*, quam *iuris* hic adest, quod *imperfectum* et *inefficax* est. Quodsi dominus consensum denegare non posset, consensus domini esset mera solennitas superuacua et minus in se necessaria. STRVV. *synt. iur. feud. cap. XIII. aphor. 12. in fin.* Equidem excipiunt casum, quando vasallus legitimam habeat causam feudum oppignorandi, vt in *casu*, quo periculum vitæ aliter, quam per oppignorationem euadere non possit vasallus. MYNSING. *C. 6. Obs. 30.* L. B. de LYNCKER *in anal. ad Struu. iur. feud. cit. loc.* Verum cum de eo, an *iusta causa* adsit, ipse dominus iudicare debeat, magisque obligatio ad consentiendum *imperfecta* quam *perfecta* sit, non video, quomodo dominus ad consentiendum cogi possit. Nam ex sententia L. B. de LYNCKER in casu adducto etiam priuatio feudi imminet, si sine consensu domini alienatio facta, adeoque obligatio in domino *imperfecta* magis, quam *perfecta* erit.

Consensus debet esse liber.

§. IX. Hactenus de *qualitate* consensus; iam quoque paucis de ipso *domino consentiente*, et quæ circa eum occurrunt videndum. Quia interpositio consensus res est magni præiudicii, speciemque *intercessionis* continet, hinc talis dominus requiritur, qui *deteriorem suam conditionem facere, et pro*

Dominus de re sua liberam disponendi facultatem habere debet.

 alio

intercedere potest. Non adferam ex iure communi de pupillis similisque conditionis personis notissimas conclusiones. Id ad minimum inde fluit I) non sufficere, *dominum territorii* in hypothecam feudalem consensisse citra *consensum domini* directi: huic potissimum praeiudicatur per hanc hypothecam, non illi, adeoque illius superuacuus est consensus, huius necessarius CARPZ. II. *Resp. 30. n. 7.* L. B. de LYNCKER *decis. 792.* II) *Minorem* dominum cum *curatore* consentientem restitui posse in integrum, cum minor fideiubens restitutione gaudeat, multo magis ergo etiam *consentiens in hypothecam feudalem*, quo pro debito vasalli suo modo intercedit. L. B. de LYNCKER *decis. 542.* Immo nequidem *consensus feudalis* cum curatore interpositus valebit, cum in omni rerum immobilium hypotheca a minoribus suscipienda *causae cognitio* et *decretum* superioris desideretur, si vel maxime veniam aetatis impetrauerint. *l. 3. C. de his qui ven. aetat.* ibi: *non solum alienationem, sed etiam hypothecam minime posse sine decreti interpositione rerum suarum immobilium facere iubemus.* Quod an ad dominum feudi, qui simul *dominus territorii* est, applicari queat, vt citra *imperatoris decretum* in hypothecam feudalem consentire nequeat, non omni caret dubio. Communiter quaeuis iura priuatorum ad hanc tutelam applicant, indeque inferunt, nec bona immobilia principum minorum, sub tutela existentium, alienari posse citra consensum imperatoris, RINGLER. *de tut. illustr. c. 1. §. 11. pag. 45* ROSENTHAL. *de feud. cap. III. concl. 16 n. 3* cum principes iure priuatorum vtantur. conf. STRYK. *de tut. mat. princ. imper. cap. IV. §. 15.* Verum si considero potestatem tutorum illustrium personarum, *iure superioritatis* gaudentium; si qua potestate *in regimine publico* agant, obseruo, vix est, vt iura *subditis* ac

De minore domino.

 priua-

priuatis præſcripta iis indiſtincte applicari queant. Liberius agunt vtique tutores illuſtres quam priuati, et quicquid eorum *autoritate* actum, *vim publicam* habet, præſertim ſi debito modo in ſenatu ſanctiori cauſa eſt propoſita, excuſſa, et decreta, vt adeoque retractari non debeat. Dignitas et ſtatus eorum hoc poſtulat, vt plura iis ſint permiſſa, quæ *priuatis* interdicta ſunt, adeoque vix exemplum idoneum afferri poteſt, ob hunc defectum conſenſum feudalem fuiſſe in dubium vocatum. III.) Prælatum, quatenus re infeudandi habet poteſtatem, poſſe quidem in alienationem feudi conſentire, ſaluo tamen domino directo, vt docet ROSENTHAL *de feud cap. IX. membr. I. concl. 31* ſed difficulter in *hypothecam feudalem* conſentire citra *conſenſum capituli*, quia per indirectum ære alieno grauatur eccleſia, quod abſque conſenſu capituli fieri nequit. *c. 4. X. de fideiuſſ.* Accedit, quod conſtitutio ſpecialis pignoris interdicta ſit in rebus ad eccleſiam pertinentibus, *Nou. 7. c. 1. c. 5. X. de reb. eccl non al. c. 1. et 3. X. de pignor.* niſi ſolennitates eccleſiaſticæ interuenerint, cum *feuda eccleſiaſtica* ad minimum quoad dominium directum ſint in patrimonio eccleſiæ, et prælati ad inſtar *pro-dominorum* eſſe cenſeantur. IV.) Femina, dominium directum feudi habentis, conſenſum feudalem hypothecam haud confirmare propter SCtum Velleianum, quo etiam tum gaudet, quando hypothecam pro tertii debito conſtituit vel pignus, quia ita reuera intercedit, *L 5. 7. C. ad SCt. Vellei.* et conſequenter ſic quoque intercedit, quando in *hypothecam feudalem* conſentit. Quidſi Abbatiſſa *ſuperioritate territoriali* munita, cum conſenſu ſui capituli in hypothecam conſenſerit? hanc validam eſſe reor, cum etiam hoc modo valeat alienatio, neque hic *ſexus* ratio habenda, cum, quod *Abbatiſſa* cum *capitulo feminino* agit, agere cen-

De prælato

De femina domini feudi.

featur *ecclesia*, cuius vicem repræsentat, adeoque iura generatim hic præscripta ad capitula quoque feminarum applicanda sunt.

De procuratore et vicario generali.

§. X. Loco domini sæpe *procurator* vel *vicarius generalis* constitui solet, qui negotia feudalia dirigit, de cuius potestate in hac materia quoque videndum. Verum hi non sunt vnius eiusdem generis. Dantur *vicarii nati*, quorum officio ex lege vel antiqua consuetudine dominii directi feudalis administratio cohæret. Dantur *dati*, qui a domino constituti sunt. Illorum varia occurrunt exempla passim. Sic in quibusdam capitulis femininis *præpositus* feudorum curam gerit. *Decanus*, vel alibi feuda a *capitulo* recognoscenda administrat, quorum officio etiam *alienatio* non cohæret, adeoque de his idem dicendum esse arbitror, quod antea de *prælatis* dictum est. Huc refero etiam suo modo *vicarios imperii*, tempore interregni vices imperatoris gerentes, quibus iuxta A. B. *c. 5. §. 1. in fin. omne genus alienationis seu obligationis rerum imperialium huiusmodi prouisionis tempore expresse est interdictum.* An ergo consensu suo hypothecam feudalem status imperii confirmare possunt? Sane verba A. B. tam generalia sunt, vt consensum suum valide interponere in harum rerum obligationibus haud possint, cum etiam feuda imperii ad *res imperiales* spectent, quarum obligatio, et sic quoque consensus in obligationem a vasallis faciendam iis interdicta est, cum, qui non possit alienare, nec alienanti consentire queat. *l. 165. D. de* R. *I.* conf. BVXTORFF. ad A. B. *art. I. §. 60. seqq.* LVDEWIG. *ad A. B. cit. l. p. 564.* Vicariorum *datorum* etiam diuersa est ratio; *dantur*, qui *pro-domini* dicuntur, quales sunt, *qui ex pluribus condominis communi nomine feudum administrant*, *et res*

De vicariis imperii.

De pro-dominis.

feu-

feudales concessa sibi a condominis potestate suo et communi nomine gerunt. Horum potestas vtplurimum dependet ex conuentione inter *condominos* inita, et quia consensus in hypothecam feudalem est res ardua et magni momenti, non censetur hæc potestas eis quoque concessa, vt *ignorantibus ceteris condominis* consentire possint in hypothecam feudalem, vid. STRYK. *de pro-domin. feud. directo c. II. §. 24* quamuis si, communicata re cum ceteris consensus legitime impetratus sit, ipsi expediant literas consensus. Dantur *procuratores* feudorum *generales*, qui vocantur *præpositi*, Lehens-Pröbste, qui vel nomine *vniuersitatis* vel *principis* feudalia expediunt. His non maior in dubio censetur potestas, quam *vicariis generalibus*, quibus tamen minime in dubio concessa intelligi debent, quæ ardua et magni præiudicii sunt, vtpote quæ *specialem* et expressam obligationem postulant, vt plenius obseruaui in *exerc. XXVII. de caus. ard. et maior c. 2. §. 12. c. 3. §. 17.* Dantur *vicarii generales*, qui nomine principis prouinciis regnisque præsunt, et res feudales *cum autoritate* gerunt expediuntque. Horum consensus in quibusdam locis sufficit ad *hypothecam*, provt de regimine *Pomeraniæ* et *Neo-Marchico* testatur STRYK. *de oblig. cons. dom. mun. c. 2. n. 46.* Quin etiam eandem potestatem cuilibet præfecto prouinciæ, qui instar *vice regis* est, competere, plures contendunt. vid. BVXTORFF. *ad A. B. c. 5. §. 6* ROSENTHAL. *de feud. c. IX. membr. I. concl. 30.* Verum *pro regum et producum* aliorumque præsidum potestas vbique non est eadem: plus in vna prouincia potestatis quibusdam concessum esse potuerit, quæ in aliis deficit, adeoque potius ad *leges præpositionis* respiciendum est. Poterunt quidem omnia, quæ ipse dominus facere potest, et quidem cum *auctoritate*; sed tamen in tali generali concessione *ardua* et *magni præiudicii* sunt exclusa, quamuis

De præpositis.

De præfectis prouinciæ.

quamuis hic multum quoque dandum ſit moribus et inueteratæ conſuetudini.

Si plures ſunt domini
Immediati conſenſus requiritur.

§. XI. Si plures ſunt domini, omnium conſenſus eſt neceſſarius, quod facile colligitur ex iis, quæ dicta ſunt de *Prodomino*. Denique in *ſubfeudis immediati* conſenſus tantum deſideratur, non *ſupremi* ſeu *mediati*, vtpote de cuius præiudicio non agitur. Quando enim de iure *domini* quæritur, non alius intelligitur, quam a quo vaſallus feudum recognoſcit. Nihilominus tamen admodum in hac doctrina fluctuaſſe interpretes, latiſſime oſtendit ROSENTHAL *de feud. c. 9. membr. 1. concl. 32.* Ipſe tamen *n. 16.* de praxi Germaniæ certa teſtatur, aitque: *Nec minus de Germania idem dicendum videtur. Nam puto, inauditum eſſe, quod Vaſalli Regum, Electorum, Principum, Comitum et Baronum pro alienandis feudis ſuis, quæ ſunt ſubfeuda a regnis, ducatibus, et dependentia, Imperatorem aut alium dominum primum vnquam requiſiuerint, et ita quotidie videmus vſu ſeruari, in iudicio de eo nunquam diſceptari, bene tamen ita conſultus reſpondiſſe aduerti.* Non negatur tamen, vtilem quoque eſſe domini *mediati* conſenſum, ſaltim ad hoc, vt, feudo domini immediati ad mediatum deuoluto, hypotheca in ſubfeudo duret, quæ alias ei præiudicare non poſſet, vid. STRYK. *cit. l. n. 54.* RICHTER. *de concurſ. credit. c. IV. §. 2. n. 153.*

Communiter contendunt, conſenſum eſſe impetrandum a vaſallo debitore.

§. XII. Nec tamen hæc omnia ſufficere putant ad *hypothecam feudalem expreſſam*, ſed plerique præterea deſiderant, vt *a creditore cum conſenſu vaſalli*, *vel ab hoc ſolo fuerit impetrata.* Non ſufficere, aiunt, creditorem inſcio et inſalutato vaſallo debitore conſenſum domini impetraſſe: Vaſalli vel factum

ctum vel consensum accedere debere, nisi forsan in *hypotheca* constitutione debitor antecedenter iam in hoc consenserit, potestatemque creditori fecerit, vt consensum *domini* feudi impetrare queat, quam cautelam admodum commendat STRYK. *de caut. contr. Sect. II. c. 4. §. 6.* Huius sententiae patroni sunt plurimi, quorum auctoritas tamen veritati praeiudicare nequit, vid. STRYK. *cit. loc.* et *in diss. de oblig. feud. cons. dom. mun. c. 3. n. 56.* MAIER. *synt. iur. feud. cit. l. p. 765.* HORN. *iurisp. feud. c. 19. §. 5.* STRVV. *in obseru. feud. p. 74. sq.* MARTINI *proc. Saxon. tit. 46. §. 4. n. 35.* BRVNNEM. *cons. 90. n. 12.* Horum rationes omnino sunt sequentes: I) ipsius debitoris maxime interesse, vt sciat, quis consensum impetrauerit, et hypothecam in eius bonis habeat, et qua ratione sua bona alteri sint obligata. II) Fraudibus aperiri viam dolisque faueri, si inscio debitore consensus domini feudi impetretur: per subet obreptionem posse consensum a domino impetrari super praetenso debito, quod forsan debitor non agnouit, vel alias idoneam causam non habet; immo merito quoque calliditatem creditoris praesumendam esse, ignorante vasallo chirographum domino offerentis, et ab eo consensus literas impetrantis. III) Talem hypothecam inscio et absente debitore constitutam nullo iure esse fundatam, quin potius de iure consensum debitoris requiri; eius esse, hypothecam, quae *conuentione*, et sic *debitoris et creditoris consensu*, constat, creditori constituere, nec iudicem in bonis debitoris hypothecam publicam constituere posse absque debitoris consensu, adeoque argumento a pari deducto nec dominum feudi constituere posse hypothecam seu talem ad nudam creditoris instantiam. BERLICH. *P. II. concl. 29 n. 64.* MODESTIN. PISTOR. *part 4. quaest. 137.* RICHTER. *de concurs. credit. cap. 4. sect. 2. n. 95.* CARPZ. *P. 2. c. 13. def. 23.*

IV) Talem hypothecam fore speciem clancularis inscriptionis, qua creditor ignorante debitore sibi hypothecam in bonis debitoris valide acquirit, quae tamen merito ob magna odia, quae secum habet, odiosa censenda. V) Ceteris creditoribus talem hypothecam praeiudicare non posse, quorum ius voluntate debitoris constitutum, atque sic potius et validius esse debet. Atque hanc sententiam firmant varia praeiudicia adducta a STRYVIO in *obseru. feud. ad c. 13. p. 74.* Alii distinguunt, vtrum vasallus idemque debitor sub *conditione* petendi impetrandi consensus, hypothecam in re feudali constituerit, an vero conditionem illam non adiecerit. Priori casu subsistere eam censent, non posteriori, cum in vasalli potestate non fuerit, hypothecam simpliciter et nullo respectu ad domini consensum habito, constituere. Ita distinguit STRVV. *cit. loc. p. 77.* et nonnulla praeiudicia, quibus rem illustret, adfert. Rationem diuersitatis tradit L. B. DE LYNCKER *resp. 20. n. 7.* quoniam ex adiecta conditione satis constat, quod vasallus dominum haud contemnat eo ipso, quod non aliter feudum oppignoratum esse velit, nisi domini consensus accesserit.

Alii distinguunt inter ius Saxonicum et commune.

§. XIII. MVLLERVS *in pract. rerum forens. resp. 87. n. 18.* distinguit inter ius *Saxonicum* et *commune*. Quoad illud debitoris factum et consensum pro impetrando domini feudi consensu requiri censet, non vero de *iure communi*. Equidem Saxones communiter hanc sententiam tuentur, sed non vt *peculiarem*, non vt *iuri Saxonico* propriam, quin potius argumenta ex iure *communi* petunt, et communiter exemplo BERLICHII et RICHTERI prouocant ad *l. 11. D. d. R. I.* vbi dicitur: *Id quod nostrum est,*

est, sine facto nostro ad alium transferri nequit. Hac ratione hoc dogma non iuris Saxonici tantum, sed *Romani*, immo *naturae* est. Nec peculiaris iuris Saxonici constitutio hic adferri potest; adeoque, quicquid Saxones de consensu per debitorem impetrando adferunt, *ius commune* esse credunt, sentiunt, statuunt. Ego vero in iure communi hoc minime fundatum arbitror, de quo vt rectius constet, varios adferam casus, in quibus forsan quandoque maiora possunt adduci dubia. *Varii casus distinguuntur.* Primus est, si debitor hypothecam feudalem creditori dedit *sub conditione consensus domini*, mit Vorbehalt Lehens-Herrl. Consens, adeoque hoc casu sufficere factum creditoris, ex STRVVIO et LYNCKERO iam obseruatum est. Alter casus est, si debitor hypothecam simpliciter creditori in feudo constituit, nulla consensus domini facta mentione; et denique tertius, si debitor nullam plane hypothecam in rem feudalem creditori concesserit, vel generaliter saltem *omnia bona sua*, sub quibus tamen minime continentur feudalia, hypothecae subiecerit. Hi duo casus sunt ipsum eridos pomum, immo *vltimus* maioribus adhuc inuolutus est dubiis, quam *secundus*.

§. XIV. Quoad *secundum* casum praemitto, vasallo *hypothecae* constitutionem esse interdictam ob *dominium directum* ipsius domini, eiusque praeiudicium, quod ex *alienatione* vel *oppignoratione* ipsi imminet. Hac de causa libera dispositio de feudo ipsi adimi debuit, inprimis vero *alienatio*, qua adempta, etiam *pignoris* et *hypothecae* constitutio adimi debuit, vt § 2. dictum. Consensus vero domini desideratur non ob nudam *solennitatem* vel *auctoritatem publicam*, vt in *iudiciali* contingit, sed vt iuri suo renunciet, et ius creditori constituat efficax, quod sine eius consensu efficax haud erat. Vasalli factum in *De casu, si debitor simpliciter creditori hypothecam in feudo constituit.*

hypothecae constitutione admodum infirmum, nec eius erat, creditori ius radicatum in feudo tribuere. Domini consensus demum hypothecam in feudo constituit et constitutam in vasallo viuere facit, quia ei spiritum vitamque tribuit. Quae si penitius considero, duae conuentiones in hoc casu concurrunt. Prima est inter vasallum et creditorem *de hypotheca* in feudo constituenda, quae, vt dictum, non operatur ius in feudo radicatum: secunda est inter *creditorem* et *dominum feudi*, quae inter eos vtrinque inita est, quorum inprimis intererat, nec ad hanc vasallus concurrere debet, qui iam antea in *hypothecam* consensit. *Creditoris* intererat, quia vasallus ei tale ius, quod desiderabat, tribuere non potuit: *domini* quoque intererat, de cuius praeiudicio potissimum agebatur, et qui ius radicatum demum creditori constituere poterat. Si ergo is consensit, de cuius *praeiudicio* agitur, parum refert, a quo consensus impetratus fuerit, maxime, cum in hoc casu debitor, quantum in se fuit, iam consenserit in hypothecam. Hoc ipso non potuit non consentire quoque, vt creditor, si posset, consensum domini feudi impetraret. Et cur hoc casu vasalli consensus esset necessarius, cum dissensu suo actum impedire non possit? *l. 3. D. h. t. l. 101. pr. D. de cond. et demonstr. l. 4. D. de acquir. hered.* Dictum est supra, etiam *ratihabitionem domini* superuenientem sufficere, vt hypotheca feudalis efficax fiat; hoc posito, dominus, ad instantiam creditoris ex postfacto consentiens, ratihabitionem interponit, neque cum vasallo contrahit, aut contrahere debet; sed potius cum creditore; huic ius tribuit; cum hoc interposito consensu paciscitur. Sic quoque pignus in re aliena constitutum non subsistit, quod tamen consensu domini interposito valere incipit, *arg. l. 13. §. 11. D. locat.* Nec refert, vtrum debitor, an creditor

tor

tor cum domino paciſcatur de rebus pignori ſubiiciendis; immo cum demum dominus ſuo conſenſu creditori pignus conſtituat, potiſſimum ad conuentionem inter creditorem ac dominum reſpiciendum, *l. 5. et 7. C. ad SCt. Vellei. l. 26. §. 1. D. de pign. et hypoth.*

§. XV. Tertius denique caſus fere ex iisdem fundamentis reſolui poteſt. Quodſi enim creditor domino feudi offerat chirographum, in quo feudalis hypotheca non eſt conſtituta, non impeditur dominus, *in ſui praeiudicium*, quoad ius, quod in feudo habet, hypothecam creditori conſtituere. Concurſus vaſalli vel ideo hic *non ſimpliciter* eſt neceſſarius, quia hic de eius praeiudicio non agitur, ſed tantum de *domini*. Finge, feudi aperturam imminere, creditorem impetrare a domino feudi, inſcio vaſallo, hypothecam; poſtea feudum mortuo vaſallo reuerti ad dominum: vtrum hic defectum conſenſus vaſalli allegare poterit? minime gentium. Nam et qui tantum ius quoddam in praedio alieno habet, illud oppignorare non prohibetur, etiam inſcio poſſeſſore, qui id ſuo diſſenſu impedire non potuit, *l. 3. §. 1. D. qui pot. in pign. h. ab t. t. C. ſi pign. pignori dat.* Immo ſi creditori integrum eſt, propter debitum extranei cum tertio de hypotheca vel pignore paciſci, vt tertii bona valide nexui pignoris ſubiiciantur; ſi tertius poteſt pro inuito et ignorante fidei iubere, nulla adeſt ratio, cur dominus non poſſit, inſcio vaſallo, in ſui praeiudicium creditori hypothecam conſtituere. Hoc facile admitto, hanc hypothecam vaſallo nullum afferre praeiudicium, cum regulariter nemini factum tertii praeiudicare poſſit, *l. 155. D. de R. I. l. 3. in fin. pr. D. de transact. l. 23. §. 12. D. fam. herciſ. c. 22. de R. I. in 6to l. 27. pr. D. in fin. de procur.*

Quidſi debitor hypothecam in feudum haud conſtituit, creditor tamen hypothecam a domino impetrauerit.

cur. ibi: *ne alieno facto onereris*, adeoque contra eum actionem hypothecariam intentari non posse. Habebit tamen hypotheca vires contra dominum in *casu aperturae*, nec hic defectum consensus vasalli allegare potest, cum sit *exceptio de iure tertii.* Inde liquet, nullo omnino fundamento niti regulam vulgatam: *A vasallo consensum domini necessario et sub poena nullitatis impetrandum esse.*

Obiectiones resoluuntur.

§. XVI. Sententia haec eo magis confirmabitur, si a dubiis fuerit liberata. Primum concernit interesse vasalli, quod eius intersit scire, quis consensum impetrauerit. Verum id ipsum non satis ostenditur. In casu secundo ipse iam consensit in *hypothecam*, et fraudulenter ageret, si creditorem impedire vellet, quo minus posset impetrare domini consensum, quod tamen facile fieri posset, si a debitore consensus esset impetrandus. Cum ergo in hypothecam consensit, quae etiam in eius praeiudicium valet, docente STRYKIO *de caut. contr. sect.* 2. *c.* 4. *§.* 13. parum refert, vtrum sciat an ignoret, consensum a domino esse impetratum. In tertio casu eius rursus non interest, quia, vti dictum, haec hypotheca ei non praeiudicat. Secunda ratio, *a dolo* vel *calliditate* creditoris deducta, est particularis, et admitti potest in eo casu, si dolo vel calliditate creditoris circumuentus est dominus feudi, vt consensum suum interponeret super debito, quod variis exceptionibus subiectum, vel aliter haud fundatum. Verum tunc consensus impetratus vel ideo creditori non proficit, quod *dolus* aduersarii ipsum consensum destruat, quod sub-et obreptio ei prodesse nequeat; non vero ideo, quod inscio debitore vasallo hic consensus impetratus fuerit. Quid enim, si *bona fide* actum, si matura deliberatione praeuia dominus consensit; si

si creditori singularem gratiam facere voluit? Quid si debitum verum sit, vt nulla fraus a creditore sit commissa, sed hic tantum sibi vigilauerit? An hæc vigilantia in eius odium detorqueri debet, cum vigilantibus tantum iura sint scripta. *Tertia* palmaria est, et a plerisque in pretio haberi solet. Verum licet negare nequeam, debitorem constituere hypothecam in bonis suis, id tamen nostræ sententiæ minime obstat. Nam in secundo casu ipsemet in hypothecam consensit et, quantum in se fuit, creditori ius tribuit, quod etiam in eius præiudicium valet. In tertio casu hypotheca tantum est constituta intuitu domini, non vasalli, adeoque eius consensus non necessarius fuit. Integrum est etiam, rem alienam pignoris nexui subiicere sub conditione, iuxta *l. 16. §. 7. D. de pign. et hyp.* vbi ita: *aliena res vtiliter potest obligari sub conditione, si debitoris facta fuerit.* Quid ergo impediret, quo minus dominus in hypothecam consentiret in eum euentum: *Si feudum ad eum reuersum fuerit.* Argumentum a *constitutione hypothecæ iudicialis* ad *constitutionem hypothecæ feudalis* haud stringit. Ibi iudex non constituit hypothecam, sed potius *debitor*, qui vnice hypothecam tribuit creditori et de ea constituenda *iudicialiter* contrahit cum creditore, adeoque eo inuito iudex hypothecam extra iudicialem confirmare nequit, cum hac *confirmatione* iudex non contrahat cum creditore, sed tantum *auctoritatem iudicialem* interponat. Iudex enim a debitore imploratus vel inuitus consentire debet, si iustas recusandi causas non habeat, BERLICH. *P. 2. concl. 29. n. 65.* Immo eius auctoritas hic tantum desideratur, tum vt publice constet de *hypotheca* constituta, quæ libris publicis inseritur, vt nemo facile a debitore decipi possit: tum etiam, quia res immobiles de *iure Saxonico* sine iudicis auctoritate in genere alienari ne-

nequeunt; non vero ideo, quod iudex ius in bonis habeat, ob quod eius consensus et confirmatio desideretur. Diuersa est ratio *consensus domini feudi*, qui interponi debet ob *dominium directum*, quod in feudo habet, et quidem non ratione debitoris, sed potius eius, cui res obligata est, L. B. de LYNCKER *Resp. 36. n. 22.* Inde quoque dissentire, non vero cogi potest, vt consentiat; prout supra dictum, cum nemo adstringi queat, vt in suum praeiudicium facto alterius assensum praebeat. Breuiter: hic magis *dominus feudi* hypothecam tribuit constituitque; in iudiciali autem magis *debitor* non iudex, qui tantum vt *causa sine qua non* concurrit, principaliter autem hypothecam iudicialem facere nequit. Iudicis non vertitur interesse aut praeiudicium, nec hac de causa eius *auctoritas* adhibetur, domini praeiudicium omnino concurrit, et ob hoc eius *consensus* necessarius est. Vnde ex hoc consensu ipse dominus euentualiter obligatur, ad minimum *per indirectum*, non vero iudex ex iudiciali consensu, nisi vel *culpa* sua, vel *dolo* creditorem deceperit, BERLICH. *cit. loc. n. 69. et 70.* Denique *confirmatio simplex* iudicialis sufficit ad constituendam hypothecam iudicialem, non autem ad constituendam hypothecam feudalem. Quarta ratio fere coincidit cum secunda, nec per se nullitatem operatur. Quinta tangit tantum *ius prioritatis* creditorum, non ipsum hypothecae valorem, de quo *capite sequente* demum agendum. Denique *l. 11. D. de R. I.* non satis commode ad hos duos casus, quos excutio, applicari potest. Nam in vtroque casu non, quod debitoris est, sine eius facto transfertur, sed quod *domini*, cuius consensus attribuit creditori validam in re feudali hypothecam. Immo in *secundo* casu concurrit ipsum vasalli factum, adeoque etiam eius voluntate id, quod ipsius erat, in creditorem iam translatum est, id quod

acce-

accedente domini consensu, licet a creditore tantum impetrato, efficacius agere incipit. Atque ita MVLLERI sententia §. XIII. adducta iure communi omnino fundata est, qua de causa quoque in *ducatu Magdeburgico* per *ordinationem Polit. c 8. §. 18.* confirmata est his verbis: Eine Lehens-hypothec solle auch vor kräftig geachtet werden, wann, der im Hertzogthum befindlichen obseruanz nach, der Gläubiger, und nicht der Schuldener selbsten, den Lehens-Herrl, consens ausgewirket hätte, ob sich schon die contrahenten in der Obligation, daß der Gläubiger den Lehens-Herrl. consens extrahiren solle, nicht vergleichen. Hac de causa quoque VVLTEIVS *Lib. I. de feud. c. 10. n. 65. in fin.* recte docet, non minus mortuo atque viuo vasallo alienante, dominum alienationi consensum posse accomodare in suum praeiudicium, cum actus in fauorem tertii eius ratificatione confirmetur, ROSENTHAL *de feud. c. 9. membr. 1 concl 28. n. 5.* quae ratihabitio mortuo vasallo sine dubio ab emtore impetratur. Si ergo translatio dominii vtilis nulliter facta a vasallo conualidatur per subsequentem domini consensum ab emtore impetratum, multo magis ergo hypotheca in simili casu.

§. XVII. Consentit autem dominus vel *indefinite*, vel *definite*. Illud fit, si absque vlla *restrictione temporis* in hypothecam feudalem consentit, quo ipso hypotheca tamdiu in feudum est radicata, donec debitum solutum, vel aliter satisfactum fuerit. Hoc vero communiter hodie fieri solet, quando restringitur consensus domini directi *ad tempus certum*, quo elapso, hypotheca feudalis exspirat, nisi vel *expresse*, vel *tacite* prorogatus consensus fuerit. Clare res decisa est in *decis. nouiss. Saxon. XXXI.* quae hanc rem optime illustrat. Ita vero ibidem disponitur: So ordnen, setzen und wollen wir, wenn ein

Dominus consentit vel simpliciter,

vel ad certum tempus.

consens, es seye auf Lehen, bona censitica, Erbzinsgut oder bona emphyteutica oder andern Grundstücken ob paritatem rationis auf eine gewisse Zeit ertheilet, und von Gläubigern oder Schuldnern nicht um Verlängerung angehalten wird, daß nach der verflossenen Zeit der consens vor erloschen zu achten, und solches um so viel mehr, wann darin die clausula cassatoria, daß der consens länger nicht als auf die gesetzte Zeit währen solte, ausdrücklich zu befinden. Forsan hæc decisio electoralis ex quorundam obiectionibus nata, qui regulam iuris antiqui vrsere: *tempus non esse modum tollendæ obligationis §. 3. I. de V. O.* et sic hypothecam perpetuari, donec debitum solutum fuerit. Qui hæc obiecerunt, in ea fuisse videntur hæresi, hanc regulam esse vniuersalem, et quibusuis debitis applicandam, quod tamen citra absurditatem dici nequit, cum alioquin nec locatio ad tempus facta expiraret, quæ tamen expirat, nisi *tacita* vel *expressa* reconductio facta fuerit. *l. 13. §. 11. D. loc cond.* Idem textus quoque euidenter docet, pignora a tertio pro conductione temporaria creditori supposita exspirare, nisi nouus eius consensus interuenerit. Duo vero adhuc admodum notanda in *cit. decis. Elect.* occurrunt. Primum est, quod creditori integrum sit, prorogationem consensus impetrare, qui nouus consensus de nouo hypothecam feudalem confirmat, adeoque non desideratur, vt, debitore sciente et volente, hæc fiat, id quod cum principiis antepositis optime conspirat. Alterum est, quod tacita prorogatio hoc modo fieri censeatur: wann der consens, es seye über Lehen oder Erbe auf die Wieder-Lösung, so dem Lehen-Herrn oder Obrigkeit vorbehalten wird, gerichtet, daß solcher consens, ob er gleich nur auf eine gewisse Zeit gestellt, dennoch bis so lange die Wiederlösung geschiehet, vor kräftig erkannt. Hoc casu dominus ius reluendi sibi reseruauit, quo si non vtitur, tacite

Potest etiam creditor prorogationem consensus impetrare.

De tacita prorogatione.

in

in *prorogationem hypothecæ feudalis* consensisse videtur. PHILIPP. *obseruat. 2. ad cit. decis. n. 6.* Idem quoque dicendum esse statuit L. B. DE LYNCKER. *Resp. 36. n. 22.* eo in casu, quando in consensu temporali adiectum, *reluitionem ab ipso debitore fieri debere*, adeo, vt ea non facta, prorogatus consensus censeatur. Ast vero hic euidens ratio est diuersitatis. Si priori casu dominus feudi iure suo non vtitur, merito dicendum est, eum in vlteriorem consensisse hypothecæ durationem: si debitor posteriori casu non soluit, prout debebat, negligentia debitoris, et creditoris taciturnitas domino ius suum interuertere nequit. Reuera enim, si dominus ad certum tempus consentit, et addit clausulam: daß der Schuldner vor Ablauf der consens-Jahre auf Zahlungs-Mittel bedacht seyn solle, id tantum exprimit, quod ex natura rei subintelligebatur, simulque indigitat, haud spem superesse, fore, vt consensus prorogetur. Quod ergo boni *consilii* et *admonitionis* gratia additur, non debet in domini feudi odium detorqueri, præsertim, cum consensus dicatur *strictissimi iuris* esse.

§. XVIII. Atque ita hypotheca feudalis constituta vigorem suum indubie habet in feudo *nouo*. In feudo antiquo prætera etiam requiritur *agnatorum consensus*, vt hypotheca plenissimum effectum habeat. Quodsi enim tantum dominus in hypothecam consentiat, feudo ad agnatos deuoluto, illud ipsis non præiudicat, et ita in effectu inefficax est, quamdiu agnati feudum possident. E contrario si consenserunt in hypothecam, eodem modo, quo contra dominum, etiam aduersus eos habebit hypotheca effectum. Et quia, vt ex supradictis liquet, hic consensus magni est præiudicii, qualiscunque scientia, aut agnatorum præsentia, immo nec subscri- *In feudo antiquo agnatorum consensus necessarius est.*

 ptio

ptio simplex sufficit, cum saluo iure suo tacere, vel tanquam testes chirographo subscribere potuerint. SCHRADER *de feud. p. 8. c. 5. n. 5 sqq.* Quodsi *agnati* soli consenserint, deficiente domini consensu, adeo inualidam putat esse hanc hypothecam feudalem CARPZ. *de oner. vasall. feud. decad. 2. pos. 2.* vt nequidem intuitu *agnatorum* valeat, vel simultanee inuestitorum, quod hunc in finem consensisse videantur, vt consisteret oppignoratio feudi, nequaquam vero, vt ipsi obligarentur. Iam vero sine *consensu domini* nullam hypothecam subsistere posse, certum est, quo posito agnatorum consensus inefficax videtur. Ego quoad *simplicem hypothecam* ab hac sententia alienus sum, ad minimum ad eum effectum, vt agnati creditoribus non possint obsistere, si satisfactionem ex fructibus feudi petere velint. Valebit ergo suo etiam modo contra agnatos, quamuis domino non praeiudicet, de quo *cap. seq.* dicendum.

Quid si soli agnati consenserint sine domini consensu.

§. XIX. *Liberorum* consensus ad hypothecam feudalem de iure Longobardico non desideratur, quia feudum ab allodio separare nequeunt, sed illud iure quodam hereditario consequuntur, adeoque et factum patris sui praestare debent: hoc secus est in *agnatis*, qui, repudiato allodio, solum feudum *ex pacto et prouidentia* maiorum retinere, et sibi asserere possunt: quo facto defuncti facta praestare non tenentur. *2. F. 45. 2. F 51. §. 4.* Rationes diuersitatis plures finguntur ab interpretibus, quae tamen vtplurimum parum stringunt. *Patriae potestatis* ratio hic plane aliena et incongrua est, tum quia etiam *emancipati* in feudis succedunt, nec feudum ab allodio separare possunt; tum quia morte patris desiit, nec post eam aliquid operari potest. Ex *reuerentia* petita ratio concludit nullo modo. Praetor dedit liberis *beneficium abstinendi*, nec tamen

De liberorum consensu secundum ius Longobardicum.

men putauit, hoc modo liberos lædere reuerentiam patri debitam. Nec huc trahi poterit, quod olim *sui et necessarii* fuerint: ea ratio est particularis, emancipatis haud applicanda. Quod sine *pudore* et *iniuria* in patrios manes liberi hereditatem patris deserere non possint, magis fingitur, quam asseritur, cum tamen ex singulari beneficio suis hoc datum sit, nec credi debeat, Prætores iis aliquid dedisse in patris dedecus et iniuriam. Fraudem hoc modo legi fieri, si repudiato allodio feudum retinerent, quis assereret? cum eadem fraus etiam defuncti fratribus imputari posset allodium a feudo separantibus, si aliquid efficaciæ huic rationi inesset. Rectius CVIACIVS *ad 2. F. 45.* vel iuxta eius distributionem *ad 4. F. 54.* rationem diuersitatis inde petit, quod agnati in feudo non succedant vltimo possessori, sed primo acquirenti, et quidem ex eius *pacto* et *prouidentia*, adeoque æque, ac in fideicommisso, *singulari iure* feudum consequantur: *Filius autem*, pergit, *succedit patri non tantum in genearchico feudo, sed etiam in nouo, et genearchicum, puta quod descendit ab auo, etiam capere videtur a patre suo, non ab auo, cum in eius successione patruo suo præferatur, qui tamen erat proximior auo* (adeoque, si auo seu primo acquirenti ex eius pacto et prouidentia succedere voluisset, excludi a patruo, vtpote auo proximiori, debuisset) *hac de causa non aliter admittitur in feudum auitum, quam quasi heres* patris, et ita separare bona non potest. Qua de causa nihil obstat, quo minus intuitu liberorum feudum possit dici *hereditarium mixtum*, quod aliquid admixti habeat ex iure hereditario, vt optime illustrat Illustr. COCCEI. *diss. de feud. hered. mixto §. 32.* quod dogma non futile, nec commentitium dicendum, cum sit in rei veritate fundatum: non enim succedunt in eo titulo singulari, seu ex *pacto primo acquirentis*,

 sed

sed patri, et quidem iure quodam hereditario. Atque hac de causa consensus eorum ad *hypothecam feudalem* non desideratur.

de iure Germanico.

§. XX. Iure Germanico antiquo aliud obtinuisse certum est, nec hoc cum *Longobardico* in hac philolophia conspirat. Noto notius est, antiquos Germanos distinxisse *bona hereditaria* seu *auiatica* Stomm-Güther a *nouiter acquisitis*; quae distinctio etiam hodie adhuc in nonnullis locis vsum insignem habet, vt ostendit LVDOVICI *diss de diuerso iure bon. acquisit. et heredit. Acquisita* relicta sunt acquirentis arbitrio; non item *hereditaria*, semel familiae per viam *successionis* hereditariae acquisita, quae sine heredum consensu alienare non licuit. STRYK. in *V. M. tit de hered. instit. §. 5.* Vnde liberis quoque iure Germanico *hereditaria*, die Stamm-Güter, subtrahere, aut de eis in eorum praeiudicium disponere non licuit, quippe quae iis debentur iure proprio, et ita in eis factum patris agnoscere haud tenentur. Bonorum *feudalium* videtur par ratio fuisse. Equidem feuda *noua* merito *ad nouiter acquisita* referenda sunt, adeoque in his pater, non concurrente filiorum consensu, hypothecam recte constituit: non item in *antiquis*, quae instar bonorum *hereditariorum*, vt vocantur, der Stamm-Güther, habentur, quae filius suo iure capit, nec pater in eius praeiudicium grauare potuit. Qua de causa haec retinere licuit, repudiato allodio, tum, quia regula iuris Romani: *quod nemo pro parte succedere possit*, inter Germanos ob *diuersitatem bonorum* non obtinuit; tum, quia bona familiae, die Alt-Väterliche Stamm-Güter, illis proprio iure deberentur, et sic duplex et diuersum ius ad bona patris haberent, tum, quod *ius*

agna-

agnationis ſpeciatim eis tribuit in *feudis* et *hereditariis*, tum, quod ius *ſuccedendi* in bonis reliquis. Ex textibus iuris antiqui non frigide et leui brachio, vti vel inſpectio ocularis docet, ſed ſolide, hoc diſcrimen obſeruauit, et mihi aliisque ſuppeditauit SCHILTER ad *ius feudale Aleman. c. 64. §. 5. 6. 7.* A veteri maiorum inſtituto paulatim ex principiis iuris Longobardici receſſum, adeo vt hæc in plurimis prouinciis expreſſa lege fuerint comprobata, teſte HORNIO *in iurisp. feud. c. 16. §. 26.* Vbi vero antiquum bonorum diſcrimen adhuc obtinet, ibi merito iuri antiquo Germanico inhærendum, vt filius poſſit, repudiato allodio, feudum retinere, et ſic quoque ad hypothecam feudalem liberorum conſenſus neceſſarius eſt. In aliis locis praxis omnino dubia eſt, cum conſtet, quantas turbas *ius Romanum* et *Longobardicum* dederit, et quantam cladem vtrumque iuri patrio intulerit. Tutius omnino eſt, filiorum quoque conſenſum ad hanc hypothecam deſiderare, præſertim cum hodie *iura antiqua Germaniæ* magno ſtudio ex tenebris in lucem protrahantur; et ſic liberi, allodium repudiare conantes, rationibus argumentisque nunquam deſtituentur, quibus creditori effectum ſuæ hypothecæ dubium difficilemque reddere queant. Regitur enim mundus opinionibus, et ſuus cuique ſenſus. Denique tela præuiſa minus nocebunt.

CAP.

CAPVT II.

DE EFFECTIBVS HYPOTHECAE FEVDALIS EXPRESSAE.

ARGVMENTVM.

I. Ratio tranctandorum. II. Ex hypotheca, Domini et agnatorum consensu munita, actio realis aduersus Dominum et agnatos nascitur. Pistoris obiectiones confutantur. III. Solutio debiti exinde non est in obligatione eorum, sed in facultate praestandi, IV. Vnde alternatiue aduersus eosdem agi nequit, V. nec executiue. VI. Nec ad debita, feudi pretium excedentia, obligantur, cessione hypothecae liberati. VII. De vi hypothecae, consensu Domini firmatae, intuitu ipsius Domini. VIII, De vi consensus Domini ad definitum tempus adstricti. IX. De vi hypothecae intuitu vsurarum. X. Ius creditoris ex eiusmodi hypotheca, aduersus quemcunque feudi possessorem agendi, XI. nec non ad executionem et feudi distractionem progrediendi. XII. Executio a iudice ordinario fieri potest, saluo tamen iure dominii directi. XIII. Ius creditoris hypothecam in feudo alteri cedendi. XIV. Prioritas hypothecae feudalis. XV. Quatenus hypotheca demum vim consequatur excusso allodio. XVI. De vi hypothecae, agnatorum consensu tantum munitae. XVII. De vi eiusdem ex solius Domini consensu. XVIII. De hypotheca a solo Vasallo constituta.

§. I.

§. I.

Quoad effectus hypothec. a variis casus distinguendi.

Tam sollicite, prout dictum, constituenda est hypotheca feudalis expressa, vt plenissimos effectus habeat, qui admodum insignes sunt. Sed quia, prout *cap. antec.* obseruaui, non semper hypotheca feudalis debita constituitur cautione, hinc separandi sunt casus, et videndum, quos effectus hypotheca habeat: I.) Si *dominus agnati*, et *simultanee inuestiti* in eam debito modo consenserint: II.) Si *tantum agnati* in eam, non dominus, consenserint; III.) Si tantum *domini*, non agnatorum consensu munita sit: denique IV.) si *omni* destituatur *consensu*, et vasallus priuato ausu vel *in genere* sub clausula: Lehen und Erbe, vel *in specie* feudum hypothecæ subiecerit.

Si dominus et agnati consentiant, operatur actionem realem contra eos.

§. II. Primo casu demum plene et efficacissime constituitur *hypotheca feudalis*, quippe quæ tum in præiudicium *domini*, tum *agnatorum* valet, vt ad hos feudo deuoluto, vel illi aperto, creditor de suo debito securus esse, et tum contra dominum, tum contra agnatos hypothecam persequi queat. Hic enim est effectus hypothecæ legitime constitutæ, *l. 16. §. 3. D. de pign. et hyp.* et sic quoque primus effectus, *actio* scilicet *realis*, inde nascitur. Consentit vero dominus vel *absolute*, vel *adiecta hac clausula*: *saluo iure suo*, Vorbehältlich seines Lehens-Rechtes, vel etiam *adiecto* certo *tempore*. Primo casu res salua est, et in eo fere omnes conspirant interpretes, hypothecam hanc valere etiam respectu domini et agnatorum. Licet enim obstare videatur 1) dominum de hoc casu non cogitasse, omnemque promissionem intelligi sub conditione: *rebus sic stantibus*, *c. 25. X. de iureiur.* adeoque dominum tantum ad præsentem rerum statum respexisse: 2) eum vel ideo consensum suum adhibuisse,

actus intelligendus sit: *rebus sic stantibus*. Neque enim hæc est *notabilis rerum mutatio*, quam præuidere potuit, et in quam etiam actus per consequentiam directus est secundum intentionem contrahentium, vid. Dn. COCCEII *diss. de clauf. reb. sic stant. c. 1. §. 14.* Quoad *secundam*, rursus causa inadæquata adiecta est, cum per hypothecæ constitutionem non committatur felonia, adeoque consensus in eam requisitus plus operari debeat. *Tertia* ex antea dictis corruit, vbi ostensum, consensum in alienationem renunciationem iuris omnino continere. *Quartam* admitto, neque enim dominus directo obligatur ad debitum soluendum, vt statim indicabo, sed operatur eius consensus duntaxat, vt *hypotheca* in feudo constituta robur suum contra eum, sicut contra alium quemcunque possessorem, habeat. *Conf.* MODESTIN. PISTOR. *cit. loc. n. 23. seqq.* CARPZ. *de oner. feud. vasall. dec. 2. pos. 2.*

§. III. Euictum itaque est, *hypothecam* et inde profluentem *actionem realem* per hunc consensum tam aduersus dominum, quam agnatos conualidari. Quod vero præterea addunt interpretes, dominum feudo ad eum reuerso *obligari ad debitum consensu munitum soluendum*, in eo vel ambigue loquuntur, vel, si proprie intelligendi sunt, manifesto ducuntur errore. Formant ita statum controuersiæ HARTM. PISTOR. *cit. l. n. 1. Fuit quæsitum, an si dominus consenserit obligationi feudi, vasallo deinde sine liberis decedente, feudoque sibi aperto, debitum persoluere teneatur?* quod per varias rationes affirmat. Similiter CARPZ. *de oner. vas. feud. dec. 2. pos. 1. n. 43.* diserte ait: *nec parum iuuat hoc assertum finis hypothecæ feudalis nobilis, vt videlicet non modo tertius possessor, sed ipsemet dominus ex eo obligetur ad præstationem debiti*, *si*

Vtrum dominus obligetur ad debitum soluendum.

referuato exſolutionem promiſiſſet. Prius membrum verum vtique eſt; ſed non poſterius, quia, ſi promiſit exſolutionem debiti, actione perſonali quoque conueniri poſſet, quod dici tamen nequit. Proinde, ſi feudum domino aperiatur, *actione hypothecaria* tantum conueniri poterit, qua inſtituta, domino quidem integrum eſt, debitum feudale ſoluere, ſed ad hoc non obligatur. Breuiter: hypotheca tantum eſt in actione inſtituenda; ſolutio vero in facultate eius poſita, vt in ſimili caſu philoſophatur ICtus in *l. 6. C. de re iud.* atque ita recte STRVK. *cit. l. n. 11.* aſſerit, dominum actione hypothecaria poſſe conueniri.

Contra dominum et agnatos non poteſt agi alternatiue.

§. IV. Neque vero hæc obſeruatio otioſa eſt, ſed omnino ingentes ſuos habet vſus. Nam I) expeditum eſt, ipſum debitorem, qui hypothecam conſtituit, poſſe *perſonali* et *reali* actione conueniri; et quia hodie cumulatio actionum permiſſa, recte *alternatiue* libellum concipi poſſe, *vt vel ſoluat, vel hypothecam tradat.* Sed tertius poſſeſſor vel ſucceſſor ſingularis non obligatur ex contractu alterius, nec actione perſonali conueniri poteſt, adeoque contra agnatos vel dominum feudi congrue agi nequit *alternatiue.* Adeſſe in vtramque ſententiam grauiſſimos auctores, quorum nonnulli petitionem alternatiuam contra tertium poſſeſſorem admittunt, nonnulli vero reprobant, ſat ſcio, quos in ſcenam produxi *in diſſ. de altern. lib. cap. III. §. 6.* Speciatim vero ex profeſſo in hac materia ſibi contradixere MVSAEVS *de lib. altern. admittendo in act. hypoth.* et RIVINVS *diſſ. de libello in actione hypoth. rite form.* Sine dubio tamen illorum ſententia præferenda, qui actionem hypothecariam contra tertium, et ſic contra dominum vel agnatos non *alternatiue* formandam, ſed hypothecam *ſimpliciter* vindicandam eſſe, vt dicitur in *l. 16. §. 3.* D.

D. de pign. et hyp. arbitrantur; ad ſoluendum enim debitum directo non obligantur, et licet *poſſint*, ſi velint, debitum ſoluere, *obligati* tamen nullo modo dici poſſunt, quia alias etiam extincta hypotheca, ad debitum ſoluendum tenerentur. Et hoc tantum indicat ICtus in *l. 16. cit.* vbi tres propoſitiones traduntur: prima eſt, *hypothecam* ab omni poſſeſſore vindicari poſſe, ſeu agi hypothecaria ad perſequendam hypothecam; altera eſt, poſſeſſorem ab hac executione *liberari*, ſi debitum ſponte ſoluerit, et ſic abſolui; tertia denique eſt, ſi non ſoluat, condemnari ad *hypothecam tradendam*, non ad ſoluendum debitum, quod non erat in *obligatione*, ſed in *facultate* poſſeſſoris. Inde eædem actori difficultates imminent, quæ moueri ſolent agenti hypothecaria alternatiue contra tertium poſſeſſorem, quæ merito præcauendæ ſunt, id quod fit, ſi creditor ſimpliciter ita agat: das Beklagter mir das quæſtionirte Lehn-Gut ſo lange einräumen müſſe, bis ich wegen meines Capitals und Zinſen befriediget worden.

An executiue contra dominum vel agnatos agi queat.

§. V. Præterea quoquoque II.) dubitari nequit, contra vaſallum debitorem *executiue*, tanquam ex inſtrumento guarentigiato, procedi et peti *recognitionem* vel *iuratam diffeſſionem*, aut etiam iuxta R. I. *de anno 1654.* mandata de ſoluendo poſſe. Maior ratio dubitandi eſt, vtrum contra *agnatos* vel *dominum* ex inſtrumento, in quo conſenſum ediderunt, etiam executiue procedi queat, contra quos tantum *realis*, non *perſonalis* actio competit, cum tamen ordinarie ex inſtrumento, in in quo quis ſe obligauit, tantum executiue agatur, vbi in perſonam gitur et quidem ex *contractu vnilaterali*. E contrario alii proceſſui executiuo etiam locum faciunt in contractibus bilateralibus, immo etiam *realibus*, de quibus hic ſermo. In hac ſententia eſt BER-

GERUS

in *elect. proc. execut.* §. 35. *in fin.* aiens: *In omni actione non minus reali quam personali processui executiuo locus esse potest, modo vtrumque actionis extremum, et in actione quidem reali ius in re a parte actoris, et possessio a parte rei in continenti ex documentis probata dari possint.* Hoc si adplicetur ad consensum domini in hypothecam in ipso instrumento datam, res expedita esse videtur; facile enim vtrumque ex instrumento colligi potest, cum ex consensu rite interposito *hypotheca* in aprico sit, et in dubium vocari non possit; possessio autem vtplurimum ne quidem in litem trahi soleat. Verum si vel maxime processus executiuus tam late extendendus foret, vt realibus actionibus adplicari queat, de quo tamen adhuc multi dubitant, vix est tamen, vt ad actionem *hypothecariam* contra dominum et agnatos extendi possit, quatenus non sunt heredes vasalli debitoris. Infra etenim expediendum est, in subsidium, excusso demum allodio, contra dominum agnatosque *vtplurimum* agi posse, quo non facto res ex ipso instrumento nondum tam clara est, vt executiuo processui locus relinqui queat. Quodsi *actio personalis* contra dominum agnatosque moueri posset, facilius executiuus processus admittendus esset, qui in *actione reali* variis difficultatibus est expositus. Conf. LVDOVICI im Lehns-Process. c. IV. §. 2.

§. VI. Denique III.) non dubium est, quin ipse vasallus simpliciter ad debita soluenda teneatur, si vel maxime valorem feudi excedant, adeoque dominus et agnati quoque similiter ad solutionem debiti adstringi possent, si vel maxime feudum vel iniuria temporis esset prorsus deletum, vel alias debita consensu munita quantitatem feudi excederent, cum simpliciter actione ex debito personali essent obligati. Id vero est, *An agnati et Vasallus vltra quantitatem feudi teneantur?*

eſt, quod nunc inquirendum. Oſtendi hactenus, non *perſonalem*, ſed *realem* tantum propter hypothecam in dominum agnatosque actionem competere. Hæc vero huc vnice tendit, vt, niſi ſucceſſor ſingularis ſoluere velit, teneatur *cedere hypothecam* creditoribus, quo facto liberatur. Hoc poſito, euidens eſt, motu contra debitorem concurſu, ſi appareat, creditores plures hypothecam in feudum conſenſu domini agnatorumque impetraſſe, vt feudum omnibus non ſufficiat, illos ob conſenſum præſtitum in reliquum, quod ex feudo obtineri nequit, non teneri. Huiusmodi caſus ante aliquot annos in Marchia contigit, vbi moto concurſu ſuper feudo, apparuit, illud vix ad dimidiam partem debitorum conſenſu munitorum ſufficere, vbi quæſitum fuit, annon agnati propter conſenſum in reliquum condemnandi eſſent? facile vero liquet, ſi feudum ſit ex *caſu fortuito* vel infortunio adeo deterioratum, vt ſoluendis his debitis non ſufficiat, conſentientes in reliquum haud teneri. Idem quoque dicendum, ſi pretium feudi ex *iniuria temporum* adeo decreuerit, vt ex eo omnibus creditoribus ſatisfieri nequeat, quia in his caſibus nihil conſentientibus imputari poteſt, qui tantum ob hypothecam tenentur, in quam conſenſerunt, quemadmodum tertius, qui bona ſua pro debito alterius oppignorauit, non vltra pignoris quantitatem adſtringitur. Maior dubitandi ratio eſt, ſi caſus eiusmodi non exſtitere, et dominus agnatique admodum liberales fuere in conſenſu dando, annon hoc caſu teneantur, cum in culpa eſſe videantur, quod conſenſu intempeſtiue interpoſito anſam dederint, vt vaſallus debitor tot nomina contrahere potuerit, quæ non contraxiſſet, ſi conſenſus denegatus fuiſſet. Nam etiam magiſtratus ex *fraude* et *culpa* conueniri poteſt, ſi in hypothecam temere conſenſit, quæ non eſt ido-

nea

nea, MEV. *part. 7. dec. 142. n. 5.* SCHILTER. *ex. 37. §. 200. lit. a.* maxime si iudex creditori inquirenti respondeat, hypothecam idoneam fore, BERLICH. *part 2. concl. 29. n. 69.* vel alias *simpliciter* consensit, quia creditor ita per negligentiam iudicis decipitur, quia per inspectionem librorum inquirere debuit, vtrum hypotheca confirmari iudicialiter queat. Idem quoque de *domino* et *agnatis* dicendum videtur, et quidem id facile admitto, si de *fraude* consentientium constat, veluti si inquirentibus creditoribus responderint, hypothecam satis idoneam esse, id quod liquidum est ex iis principiis, quæ adducta sunt in diss. STRYK. *de obligat. affirmant.* Ast, si, prout fieri solet, creditor vel debitor consensum impetrauerit *simpliciter* a domino et agnatis, si hi *bona fide* egerint, consentientes vltra feudi quantitatem non obligari, persuasissimum habeo. Estque ratio diuersitatis inter *iudicem* consentientem et *dominum feudi agnatosque* consensum edentes, manifestissima. Illius consensus et confirmatio ideo desideratur, ne decipiantur creditores, sed vt ille ex inspectione librorum publicorum, quibus hypothecæ inseruntur, inquirat, an etiam consensus impertiendus sit. Hoc si negligit, creditores decipit, et contra officium suum facit, adeoque *in subsidium* ex culpa tenetur. Ast domini agnatorumque consensus non in hunc desideratur finem; illum vnice exigit creditor propter præiudicium eorum, et vt hypotheca contra eos quoque valeat, quæ alias contra eos valere non posset. Creditoris est, hic circumspecte agere et inquirere, an feudum iam aliis obligatum sit cum consensu domini, et an per consensum domini hypothecam idoneam impetrare queat, in quod si non inquisiuerit, hoc sibi imputare, ac de se queri debet.

Quid si consenserit dominus saluo iure suo.

§. VII. Alter casus est, si dominus consensit in hypothecam sub clausula: *saluo iure suo.* Hoc casu dominum feudi, aperto sibi feudo, non teneri, multis argumentis euincere conatur ROSENTHAL. *de feud. cap. IX. m. 1. concl. 18. n. 4. sqq.* quod 1.) hoc casu satis dominus consensum interposuerit, vt viuo vasallo eiusque descendentibus valeat hypotheca, quae absque eo ipso iure nulla fuisset: 2) quod consentiens in alienationem rei, *saluo iure suo*, non censeatur remittere ius suum, quod in illam habuit: 3) quod nec donatio nec remissio, nisi ex verbis apertis, inducatur: 4) quod consensus per hanc clausulam tantum restringatur ad dominium vtile. Haec argumenta non tam stringentia sunt, vt in partes ROSENTHALII transeundum sit; quin potius faciendum cum MODEST. PISTOR. *lib. 2. quaest. 48. n. 32. sqq.* CARPZ. *de oner. vasall. feud. decis. 2. posit. 3.* STRYK. *de obligat. consens. Dom. mun. c. IV. n. 20. seqq.* qui satis recte docent, hanc clausulam non impedire, quo minus dominus et agnati hypothecaria conueniri queant. Etenim per hunc consensum hypotheca valide radicatur in feudo, cuius natura est, vt ei perpetuo inhaereat, donec debitum solutum fuerit. Quodsi ergo huius clausulae haec esset efficacia, vt effectum hypothecae impedire posset contra dominum, reuera deciperentur creditores: immo si id dominus intendisset, clarius loqui debuisset. *l. 39. D. de pact.* Id tantum videlicet hac clausula dominus reseruat, quod alias vltra consensum in re tali iuris habet, non vero tangit illa, quae per *consensum* suum necessario remittere debuit. Ius *dominii directi* sibi saluum asserere voluit, id quod cum hypotheca, quam consensu suo in effectu constituit, omnino stare potest. Ipsa ROSENTHALII argumenta satis lubrica sunt. Si dominus voluisset, vt viuo vasallo tantum hypotheca valeret, illam ad tempus restringere debuisset, id quod tamen minime hac clausula ambigua, sed per-

perſpicue fieri debet; alias contra eum fit interpretatio *l. 39. cit.* Argumentum ſecundum non oppugnat theſin noſtram, quia domino directo dominium ſaluum manet. Tertium iam *§. II.* reiectum eſt, quod ita comparatum, vt ſi eis vis ineſſet, nequidem hypotheca absque tali clauſula domino præiudicare poſſet. Quartum petit id, quod eſt in principio. Immo demus, verum eſſe; ad minimum tamen dominium vtile ad dominum reuerſum nexui pignoris ſubiectum maneret.

§. VIII. Supereſt tertius caſus, ſi dominus tantum ad *certum* tempus, veluti quinquennium, vel ad *incertum*, vt ad vitam vaſalli, conſenſum in hypothecam dederit. Tempore elapſo, hypothecam exſpirare iam ſupra *cap. I.* monui, adeo vt non tantum nihil contra dominum operari amplius queat, ſed nec poſſeſſor tertius feudi, vel ſucceſſor ſingularis, qualis eſt *expectiuarius*, actione reali conueniri queat, ROSENTHAL. *de feud. c. IX. m. 1. concl. 18. n. 12.* PHILIPPI *obſ. 1 ad deciſ. elect. 31.* CARPZ. *p. II. c. 22. def. 29.* MAYER. *in S. I. F. c. 27 p. 789.* niſi prorogatio petita et impetrata fuerit. Habet tamen ſuos effectus, (1) ſi infra tempus, ad quod conſenſus eſt reſtrictus, domino feudum aperiatur: quo caſu non tantum *actio hypothecaria* contra ipſum dominum ſalua eſt, ſed etiam contra eos, qui cauſam ab eo habent, quales ſunt expectiuarii; quoniam res tranſit in eos, cum ſuo onere: (2) ſi ante tempus finitum, quo conſenſus exſpirare debuit, actionem contra vaſallum mouerit, debitumque exegerit; quodſi enim hoc caſu, in mora et contumacia exiſtente vaſallo, debitum conſequi nequeat, ei nihil imputari poteſt, qui ſatis ſibi vigilauit. RICHTER *de concurſ. cred. c. 4. ſect. 2. n. 114.* De iure Saxonico electorali res ſatis plana eſt per *nouiſſ. deciſ. 81. inſ.* Nicht weniger dann auch in dem Fall, wann einer vor Ablauf der in der Gunſt enthaltenen

Quid ſi dominus ad certum vel incertum tempus conſenſerit.

Zeit klagbar würde, bey anhangender Klage aber, die Zeit des consens verstriche, gleichwohl auf ein richtig Unterpfands-Recht und hypothec ohngeachtet der verflossenen Zeit sowol sonsten als in concursu creditorum gesprochen werden solle. Iuri *communi* hoc quoque consentaneum esse arbitror. Equidem actionem exercentes causam suam semper meliorem faciunt; *l. 86. l. 87. D. de reg. iur. l. 29. D. de nouat.* sed hæc regula huc minus recte trahi videtur. Res inter alios iudicata et acta, aliis non præiudicat. *l. 63. D. de re iudic.* Non cum *domino* intra tempora consensui præfinita, sed cum *vasallo* debitore actum et ita actor contra vasallum, non dominum meliorem conditionem facit. Sed res salua est. Dominus, quatenus consensit in hypothecam, cum vasallo eandem sustinere personam videtur, maxime cum consensu suo hypothecam conualidauit, efficitque, vt plenum effectum habere intra tempus posset. Inanis consensus futurus esset, si intra tempora agenti denegandus esset effectus hypothecæ, adeoque recte quoque regula ex *l. 86. et 87. D. de R. I* adducta huc pertinet. Neque amplius exspirare potuit consensus, postquam egit et litem contestatus est, quo ipso ius perpetuum consecutus est, vt res iudicata etiam domino noceat. Licet enim cum domino actum haud fuerit, sufficit tamen, quod cum *vero contradictore* litem susceperit, quo casu etiam res iudicata nocet domino. Ait FEVDISTA 2. *F. 43. si vasallus de beneficio suo agat vel conueniatur siue obtineat, siue non, licet ignorante domino fiat, omni tempore firmum erit illud iudicium.* In eundem fere sensum loquitur 2. *F. 43. si controuersia inter vasallum et alium de beneficio fuerit, aduersario proprietatem totius vel partem vel aliud aliquod ius* (veluti hypothecam consensu domini ad tempus munitam) *sibi vindicante, causa per vasallum etiam domino absente, quasi propria,* ad

ad finem producatur; ipse enim solus vtiliter agendi et excipiendi habet potestatem, et si pro eo, aut contra eum iudicatum fuerit, vel cum aduersario transegerit: dummodo fraudulenter actum non sit; etiamsi post beneficium domino aperiatur, tale erit, ac si causam eo agente iudicatum fuisset, et ita ab eo ratum haberi oportet. Hanc decisionem etiam ad hunc, quem resoluo, casum pertinere, prorsus arbitror. Egit creditor actione hypothecaria contra vasallum, antequam consensus domini finitus erat: ex iure valido egit, et sic meliorem conditionem suam effecit. Condemnato ergo postea vasallo, licet intra tempora agendi tempus consensui praefinitum effluxerit, haberi debet, ac si domino agente iudicatum fuerit. Iam autem si cum ipso domino actum fuisset, eius consensus, lite pendente, amplius exspirare non potuit.

§ IX. Habet ergo effectum hypotheca ita legitime constituta intuitu *sortis* indubie. An vero etiam extendenda sit ad *vsuras*, vt feudum eorum nomine quoque obligatum sit intuitu domini? dubitatur. Quaestionem hanc late explicat MODESTINVS PISTORIS *lib. 2. qu. 49.* cum ROSENTHALIO *de feud. c. IX. m. I. concl. 19.* Equidem hodie vt plurimum mentio vsurarum fieri solet in mutuo, et sic non dubium est, quin etiam dominus consentiens in hypothecam, pro debito vsurario constitutam, eam quoque contra se ratione *vsurarum* admittere teneatur. Sed vbi nulla est mentio vsurarum facta, veluti in *dote* ex feudo repetenda, et hypotheca feudali legitime firmata, quaestio enascitur, an soluto matrimonio, et mora interueniente vasalli, hypotheca etiam pro *vsuris* competat? Quid si quis transegerit cum vasallo, et pactus fuerit, vt aliquot terminis certa pecuniae quantitas ex feudo soluatur, hypotheca cum consensu domini desuper constituta? Hic nihil

An etiam hypotheca vsurarum nomine competat.

 de

de vſuris actum, quæ tamen ob moram debitoris peti poſſunt. Videlicet ex iactis fundamentis liquet, vaſallum debitum *ſuo nomine* contrahere, ſed hypothecam in feudo valide *pro ſuo debito* conſtituere non poſſe absque *conſenſu domini*. Hoc accedente, hypotheca pro *debito vaſalli* in feudo radicata eſt, pro quo eſt conſtituta. Cum ergo in *contractibus bonæ fidei* vſuræ obligationi inſint, tum in caſu moræ, tum etiam ſi alia *ratio æquitatis* eos admittat, vt in *l. 12. §. 9. D mand. l. 13. §. 20 D. de act. E. V. l. 3. §. 1. D. de contr. tutel. act.* adeoque non *diuerſum debitum* dici poſſint, ſed *pars ipſius debiti*; *l. 7. D. de negot. geſt.* non dubium eſt, quin hypotheca *indefinite* pro debito vaſalli conſenſu domini conſtituta ad *vſuras* quoque, quæ ipſi debito inſunt, trahi debeat. Neque hic fit extenſio, quæ alias ob conſenſus ſtrictiſſimam interpretationem fieri nequit, ſed ſimplex hypothecæ conſtitutæ et debiti feudalis declaratio. Nec opus erat, eorum mentionem facere, quia ipſi debito inſunt ex natura rei, quam *hypotheca* ſequi debet. Equidem in *l. 54. pr. D. locati* dicitur: *vſuræ in bonæ fidei iudiciis non tam ex obligatione proficiſcuntur, quam ex officio iudicis applicantur.* Recte hoc dictum eſſe arbitror, nec aſſertis meis contrariari. Vſuræ hic non ex *obligatione*, ſeu *ſeparato* quodam *pacto* et *contractu*, vt in ſtricti iuris iudiciis, proficiſcuntur, vt ſeorſim de eis agi queat; ſed *ex officio iudicis* applicantur, qui cum de *toto* cognoſcit *debito*, eas quoque, tanquam partem debiti, applicare debet. Id intelligit, id intendit ICtus, nec aliter ſentire potuit, quia iuris Romani analogia docet, vſurarum obligationem ineſſe ſingulis contractibus bonæ fidei, licet de iis ſpeciatim haud fuerit actum, et hac de cauſa *duplex* vſurarum *fundamentum* conſtituit, aſſerendo, vſuras vel in *obligatione* vel in *officio iudicis*

eſſe,

esse," *l. 58. pr. D. ad SC. Trebell.* NOODT, *de fœnor. et vsur. lib. III. c. 1. sqq.* *Id significat*, ait prælaudatus NOODT *cit. l. c. 6. p. 217.* vbi *cit. l. 54.* explicat, *non esse in his duas obligationes, vnam sortis, alteram vsurarum, sicut fit, si ex stipulatu debeantur: sed esse vnam sortis obligationem, circa cuius executionem mora iudicis arbitrio vsurarum præstatione repensatur*, conf. *l. 24 D. de pos. l. 7. D. de negot. gest.* Neque vero argumentum a *fideiussione* sumtum huc recte trahitur. Qui pro debito ex contractu bonæ fidei fideiubet, non aliter de vsuris ex *mora* debitis tenetur, nisi in *omnem causam* sese obligauit, vt ait ICtus in *l. cit. 54. locat.* id quod ratio *stipulationis*, quæ *stricti iuris* erat, postulabat, ex qua fideiussor conueniendus erat. Dominus, qui consentit in hypothecam pro *debito vasalli*, proprie non fideiubet, non stipulatur, sed hypothecam a vasallo constitutam, suo consensu confirmat, et efficacem reddit, adeoque id, quod vasallus debet, sub tali hypotheca a vasallo cum consensu domini constituta deductum videtur. Quodsi vsuræ non ex *natura negotii*, sed ex *speciali conuentione* debentur, vt in *stricti iuris negotiis*, reuera duæ adsunt obligationes, et sic ad vtramque consensus domini requiritur, quo non interueniente, hypotheca tantum pro eo debito, in quod dominus consensit, constituta est.

§. X. Alter effectus est, quod creditor non tantum ius habeat contra dominum agnatosque, ad quos feudum deuoluitur, sed etiam contra *quemcunque possessorem* feudi, in quem feudo aperto, possessio translata est, vtpote si post aperturam feudi tertius de feudo nouiter inuestitus fuerit. Hæc enim est natura hypothecæ legitime constitutæ, vt quando fundus creditori non est traditus, debitore cessante in soluendo, ille possit

Creditor potest contra quemuis possessorem hypothecam feudalem vindicare.

possit intentare actionem realem, per quam auocari potest fundus a quolibet possessore. FRANCISCVS GALLVS *de fruct. disp. 9. n. 39. in f.* Nec aliud dicendum esse arbitror, (I) si vel maxime *expectiuarii* consensus non fuerit adhibitus, et hypotheca cum domini consensu in feudo constituta post expectatiuam alteri promissam. Hæc enim haud tribuit *ius in re*, sed nudum *ius ad rem*, BORN. *de expectat c. VII. §. 2. sqq.* adeoque quicquid oneris ante traditionem fundo feudali imponitur, hoc ad nouum possessorem transit. Proinde dominus viuenti vasallo potestatem alienandi feudum, etiam sine consensu expectiuarii, licite dare potest, vt hic emtori postponatur; ROSENTHAL. *de feud. c. VI. conclus. 9. n. 2. lit. b.* multo magis ergo potest vasallo dare licentiam, hypothecam in feudo constituendi, ignorante etiam exspectiuario. (II) Quin etiam, feudo aperto, exspectiuarius in feudi possessionem haud est immittendus, antequam debitum soluerit. Directo quidem ad hoc non tenetur, vt ex supra dictis liquet; ast si intercedit creditor, vasallo sine liberis mortuo, petitque in feudum hypothecæ subiectum immissionem, creditor ei præferendus, adeoque *per indirectum* cogi potest, vt vel debitum feudale soluat, si immissionem serio desiderat, vel fundum feudalem creditori cedat. Qui enim *actione hypothecaria* fundum feudalem a nouo possessore eius auocandi ius habet, multo magis impedire potest, ne in possessionem eius mittatur, antequam creditori satisfaciat. Pro omnibus enim debitis tenetur exspectiuarius, pro quibus feudum cum consensu domini oppignoratum, ANTON. BESSEL. *de exspectat. feudali c. VI. §. 13.* quatenus scilicet allodium deficit, vt ex infra dicendis apparebit.

§. XI.

§. XI. Tertius effectus est, vt *executio* in ipsum feudum fieri possit, quippe quæ in *realibus* in ipsam rem facienda est. Hinc (I) impediri nequit creditor, quo minus in feudum immittatur, ROSENTHAL. *de feud. c. IX. m. 1. concl. 18. n. 11.* quo ipso possessio quidem in eum transfertur, fructus tamen suos non facit, sed eos vel restituere et rationes de iis reddere, vel in ipsum creditum imputare debet. FRANCISCVS GALLVS *de fructibus disp. 30.* Hac de causa quoque in possessione defendendus, et spoliatus a debitore illico restituendus, nisi statim doceri possit exceptio liberationis, MEV. *p. 9. decis. 82. seq.* (II.) Nec immissus impediri potest, quo minus distractionem feudi petere et facere possit, cum hunc effectum potissimum hypotheca legitime constituta habeat, *t. t. D. et C. de distract. pign.* Nec immissio in hunc finem fiat; daß er, vt dicitur *in ordin. prov. Saxon. tit. 40.* dadurch ein neu dinglich Recht erlange, sondern allein darum, damit das Recht, welches Er mit unsern Consens allbereit überkommen, exequiret, und ins Werck gerichtet werde, so wird ihm auch zu endlicher Vollstreckung des allbereit erlangten Pfandrechts die Hülfe nicht allein zu denen Früchten, sondern auch zu dem Eigenthum, krafft seines in demselben hiebevor erlangten Rechtens, iedoch gebührlicher Weise, und so hoch seine Forderung sich erstrecket, billig mitgetheilet. Neque vero in subhastatione feudi de nouo *consensus domini feudi* est requirendus. Cum enim dominus semel oppignorationi feudi assensum præbuit, simul consensisse intelligitur in pignoris distractionem vel acceptionem in solutum, quando debitum haud soluitur, MEV. *cons. 27. n. 19.* et cum consensit in antecedens, in omnia consequentia necessaria quoque consensisse intelligitur, MEV. *cons. 96. n. 51. sqq.* KLOCK. *vol. 2. cons. 16. n. 64. seq.* MODESTINVS PISTORIS *lib. 1. qu. 15. n. 39. seqq.* HORN. *in iurispr. feud. c. 19. §. 9.* E-

Fit executio in ipsum feudum.

Cum subhastatione.

Sine nouo domini consensu.

quidem ſupra dictum eſt, conſenſum ſtricte capiendum eſſe, nec ad aliam alienationis ſpeciem porrigendum, niſi in quam ſpecifice conſenſerit dominus. Id omnino admitto, ſalua mea ſententia. Hoc caſu enim alienatio in *conſequentiam hypothecæ*, in quam dominus conſenſit, venit, nec actus diuerſus eſt ab obligatione prius permiſſa, vt recte obſeruat MODEST. PISTORIS *cit. l. n. 57.*

A iudice ordinario.

§. XII. Quæ cum ita ſint, facile liquet; (I.) executionem in ipſa bona feudalia non præciſe a domino feudi faciendam, ſed a *iudice ordinario*; tum quia hæc cauſa hypothecam concernens, non eſt feudalis, ſed ad *forum ordinarium* ſpectat; MODEST. PISTOR. *cit. l. n. 27. ſeqq.* tum etiam quia, provt dictum, conſenſus domini haud eſt impetrandus in hac diſtractione, adeoque iudex ordinarius ſecundum *ius ordinarium hypothecæ* hic procedit, creditorem immittit, et feudum haſtæ ad eius inſtantiam ſubiicit. IDEM *cit. l. n. 41.*

Salua feudi qualitate.

(II.) Executionem et ſubhaſtationem feudi ita faciendam eſſe, vt maneat feudum, h. e. ſaluo iure *dominii directi.* Neque enim *iure allodii* diſtrahi poteſt, nec ad hunc caſum, qui domino admodum præiudicat, conſenſus eius trahendus, vt recte opinatur ROSENTHAL. *c IX. de feud. m. I. concl. 18. n. 13.* cum etiam, ſi dominus in ipſam alienationem conſenſerit, conſenſus ita accipiendus ſit, vt tanquam feudum alienetur. IDEM. *cit. l. concl. 38. n. 7.* Huic conſequens eſt, vt α) alienatio fiat in *idoneum:* ideoque in feminam, in eccleſiam, ſine *nouo conſenſu* domini fieri nequit, quia talem vaſallum dominus inueſtire non tenetur; HORN *c. 19. iuriſpr. feud. §. 9.* β) vt nous emtor inueſtituram a feudi domino accipiat, quam, ſi habilis eſt, dominus ei denegare nequit. KOPPEN. *dec. 39. n. 18.* (γ.) vt feudum ita venditum

ab agnatis feudalibus reuocari non possit, quippe quorum ius per subhastationem extinctum.

§. XIII. Quartus effectus, vt creditor hypothecam feudalem, consensu domini munitam, cum ipso credito in tertium transferre possit, sine nouo domini consensu, STRYK. *de cautel contr. sect. 2. c. 4. §. 7.* HORNIVS *cit. l. §. 9.* hoc effectu, vt cessionarius iure eodem fruatur, quo cedens vti potuisset. MEV. *p. 8. dec. 34.* MAYER *cit l. p. 790. inf.* STRYK. *de oblig. consens. dom. mun c. III. n. 33.* Quodsi enim creditori integrum est, in mora existente debitore, ipsum feudum vendere, id quod plus inuoluit; quidni etiam ei integrum esset, feudalem hypothecam cum credito alteri cedere? In foro Saxonico tamen aliud obtinere, liquet ex traditis CARPZOVII *de oner. vasall. feud. dec. II. pos. 7.* quae tamen cum antea dictis non satis conspirant. Ait, consensum domini pro forma pignoris essentiali requiri, et per cessionem hypothecae nouam quasi constitui hypothecam, adeoque nouum ad hanc consensum domini desiderari: *nec enim,* pergit, *consensus certae datus personae ad aliam personam, cuius fides et industria explorata non est, extendi debet.* Hae rationes ita comparatae sunt, vt, si aliquid roboris in se haberent, etiam de *iure communi feudali* consensum domini in cessionem necessarium esse, ostenderent. At vero meo iudicio admodum vacillant. Per cessionem non constituitur *noua hypotheca*, sed *constituta* ad alterum transfertur ex iure creditoris, de quo pro lubitu disponere potuit. Nec enim creditor fit vasallus, vt dominus eum approbare teneatur, vti quidem in emtore iuris est. Iure *allodiali* hanc hypothecam habet creditor, adeoque eam quoque transmittit in quoscunque heredes allodiales, masculos et feminas: quidni ergo alteri quoque cederet? Personae industriam et fidem esse electam in *hypotheca,*

Creditor hypothecam feudalem alteri cedere potest, sine nouo domini consensu.

Non vero in Saxonia,

ca, frustra obiicitur, quae ratio tanto ICto est indigna. Hypotheca ius in feudo radicatum producit, idque *allodiale*, quod possidere possunt furiosi, mente capti, feminae et qualescunque successores. Denique non intuitu *personae* consentit dominus, sed intuitu *iuris*, quod in feudo constituendum est. Prorsus personae ratio non habetur in *iure reali*: soli rei insistitur, et ex *iure in re* agitur et proceditur. Proinde sola specialis legis auctoritate in Saxonia contrarium obtinet, quae praxi communi non praeiudicat. Posset tamen vel inde praxis Saxonica defendi, quod, sicut res immobiles in alium transferri nequeunt sine *auctoritate iudiciali*, ita quoque nec cedi iura in res immobiles competentia, quae in plurimis *rerum immobilium* effectibus obtinent. Et quia domini feudi primario hic interest, primario quoque in tali cessione eius confirmatio impetranda.

De prioritate hypotheca feudalis.

§. XIV. Quintus effectus *proprietatem* in concursu creditorum respicit Si plures consensum domini impetrarunt, sine dubio secundum *prioritatem temporis* collocandi sunt creditores, PRVCKMANN. *vol. 1 cons. 15. n. 84.* adeo vt, si agnatus vel simultanee inuestitus hypothecam feudalem anteriorem impetrauerit, et deinceps in extranei creditoris hypothecam consenserit, adhuc tamen ei praeferendus sit. Neque enim in hoc consensu agnati id agunt, vt ius suum, quod extra *successionem* in feudo habent, remittant; sed potius, vt, feudo ad eos deuoluto, hypothecam, in quam consenserant, agnoscere velint: moto ergo super feudo concursu, successionis commodum perit, hypotheca tamen prior salua est. CARPZOV. *de oner. vas. feud. dec. II pos. 10.* Si alias creditor in vlteriorem hypothecam consentit, remissio hypothecae inde desumi solet; *l. 12 pr. D. quib. mod. pign. vel hyp. solu.* sed hoc ideo, quia ea de cau-

ſa conſenſus eius impetratus cenſetur. Non eundem in finem creditores *extranei* agnatorum et ſimultanee inueſtitorum conſenſum deſiderant in hypothecam feudalem, vt ex ante dictis liquet. Immo ſi vel maxime contigerit, vt creditores, conſenſu domini non muniti, in feudum, viuente vaſallo, immiſſi fuerint, vt ex fructibus eis ſatisfiat, hæc immiſſio tamen non præiudicat creditoribus hypothecam expreſſam habentibus, quibus inſtantibus mox feudum reſtituendum, vt expreſſe quoque deciſum eſt *in ordin. proceſſ. Saxon. tit. 40. §. 45.* Sunt præterea plura alia *onera feudalia*, ex moribus Germaniæ a ſucceſſoribus ex ipſis feudis ſoluenda, de quibus agit STRVV. in *S. I. feud. c. 14.* et CARPZ. *de oner. vaſalli feud.* aliique. His creditoribus anteponunt communiter illos, qui *expreſſam feudalem hypothecam* conſecuti ſunt, et ſic etiam vxori, reſpectu dotis ex feudo ſoluendæ. CARPZ. *p. 2. C. 46. def. 33.* et *de oner. vaſ. feudal. dec. 5 poſ. 5.* STRYK. *in exam. iur. feud. c. XXI. q. 22.* STRVV. *cit. l. aph. 33. n. 2.* Equidem hæc onera afficere feudum, et ſic *hypothecam tacitam* conſtituere videntur, quæ alias de iure communi ſuos effectus ratione prioritatis habet. Verum creditor hypothecam expreſſam feudalem habens indubie ius radicatum in feudo habet. Tacita hypotheca, quæ ob *certa onera* feudo inhærentia adferri ſolet, nondum ſatis eſt euicta, adeo vt magis propter hæc actionem perſonalem in rem ſcriptam concedant, STRYK. in *V. M. ad tit. quib. mod. pign. vel hyp. tacite contrab. §. 26.* ad minimum ius hypothecæ expreſſæ certum et indubium hypothecæ tacitæ dubiæ et incertæ præferendum. Mores tamen hic variare obſeruat STRYK. *de oblig. feud. conſ. mun. c. 4. n. 85.*

Hi effectus locum habent excusso allodio.

§. XV. Ceterum hi effectus quandoque suspenduntur, in casu scilicet, quando allodium est, ex quo debitum solui queat, quia tunc feudum in *subsidium* demum tenetur. Videlicet etiam de iure communi tertio hypothecae possessori competit exceptio *excussionis*, vt debitor eiusue heredes prius excutiantur, id quod quoque ad *hypothecam feudalem*, quatenus ab illis, qui non sunt vasalli debitoris heredes, possidetur, applicari potest. l. 2. *C. de pign.* STRVV, *cit. l. aph. 24.* CARPZ. *cit. loc pos. 3.* SCHRADER. *de feud. p. 7 c. 7. n. 42.* Est autem hypotheca vel *generalis* vel *specialis*. In *generali* extra omne dubium exceptio *excussionis* locum sibi vindicat, *Nou. 4. c. 2. et Nou. 112. c. 1.* FRANZK. *lib. 1. res. 12.* adeoque, si hypotheca ita sit constituta, verpfände ihme alle meine Güter, Lehn und Erbe, et haec consensu domini munita, ante omnia excutiendum est allodium, id quod commodissime fieri potest per ipsum inuentarium, in quo bona allodialia sunt descripta et nomina consignata. PRVCKMAN. *cit. l. n. 90.* Conf. VINCENTIVS CAROCIVS *de excuss. bonor.* Maiores difficultates emergunt in quaestione, an etiam haec exceptio locum habeat in *hypotheca feudali speciali?* Quod affirmat FRANZK. *cit. l. n. 17. seqq.* cui tamen grauiter resistit *Nou. 112. c. 1.* adeo vt DIONYSIVS GOTHOFREDVS *in not. lit. i.* hunc sensum *nouellae cit.* adscribendum esse credat, qui pignus speciale hic excipit. Videlicet principaliter in *dicta nou.* agitur de *re litigiosa*, cuius alienatio prohibita est. Definitur ibidem *res litigiosa, de cuius dominio causa inter petitorem et possessorem mouetur.* Inde in sequentibus *hypothecam* ab hoc vitio eximit, statuitque, *specialem* lite pendente vendi posse, vt effectus *litigiosi* hic applicari nequeant, *vt tamen ex pretio satisfaciat creditori.* Hoc non facto, creditori integrum est, simpliciter pignori incumbere, donec ei satis pro debito fiat. Ex

Non tamen excussio desideratur in hypotheca speciali.

his

his adductis circumstantiis colligi potest, alienata hypotheca speciali creditori ius saluum manere, nec bona cetera debitoris excutienda esse. Neque enim ratio decidendi, vt putat FRANZKIVS, inde deducta est, quod lite pendente *hypotheca specialis* vendita, quod emtor qualitatem rei sciuerit: vltimum enim in *cit. nou.* haud supponitur, nec prius pro *ratione decidendi* traditur, sed potius, postquam imperator edixerat, hypothecam a censu *litigiosorum* eximendam esse, addit, creditori integrum ius saluumque manere, vt, si ex pretio ei satis non fiat, simpliciter suo pignori incumbere possit. Idque natura rei quoque exigit, cum *specialis hypotheca* magis et arctius rem afficiat, quam generalis. *Conf. introd. ad digest. tit. de pignor. et hypoth.* §. 7.

§. XVI. Progredior ad alterum membrum huius capitis, *si soli agnati in hypothecam consensere, non dominus.* Obseruaui iam *capite antec.* §. *XVIII.* plura hic moueri dubia, quæ plerosque inducunt, vt omnem effectum huic *consensui* denegent, quorsum etiam pertinent rationes STRYKII *de oblig. feud. consens. mun. c. IV. n.* 72. Hoc indubium est (I.) agnatos ex suo consensu non obligari ad debitum soluendum, *actione personali*, id quod ex supra dictis liquet. Admitto etiam (II.) hypothecam *cum pleno effectu* constitui non posse absque consensu domini, adeoque nec tertium possessorem feudi hypothecaria posse conueniri, si vel maxime agnati consenserint. Verum aliud (III.) est, annon hypotheca *consensu agnatorum* munita ad hoc valeat, vt illi eam agnoscere contra se teneantur, citra præiudicium domini, non vt in ipsam *substantiam feudi* constituta sit, sed ad minimum in *fructibus feudi*? Asserit STRYK. *de caut. contr. S. 2. c. IV.* §. 13. valere hypothecam, consensu domini

Quid si soli agnati consenserint in hypothecam.

mini destitutam *in praeiudicium vasalli*, vt, donec vixerit cum prosapia, fructus creditor percipere, et inde qualemcunque satisfactionem petere possit. Quidni itaque idem de *agnatis* consentientibus asserendum, cum eadem ratio hic adsit, et hactenus hypothecaria actio contra eos moueatur, vt immissionem in feudum impedire nequeant, vel si iam immissus est creditor, et postea ex successione feudum agnatis consentientibus obueniat, creditor non sit eximittendus, sed in *perceptione fructuum*, in sortem imputandorum, defendendus. Hoc aequitas suggerit, licet summum ius creditori deficere videatur.

Quid si solus dominus.

§. XVII. Tertium membrum est, *si tantum dominus consentit*, quod vel intelligi potest de casu, vbi vasallus hypothecam constituit, agnatorum autem consensum impetrare non potuit: vel, vbi nequidem vasallus in hypothecam consentit. Priori casu res salua et expedita est, talem hypothecam feudalem non consentientibus haud praeiudicare, et hactenus esse inefficacem, quamdiu agnati sunt in possessione feudi. SCHRADER *de feud. p. 8. c. 7. et 8.* Posteriori casu indubium est, hypothecam habere plenum suum effectum, feudo ad dominum deuoluto, quem supra plenius recensui. Ceterum si desunt agnati, et contra debitorem *in personam* actum fuit, licet ipsemet hypothecam in feudum creditori haud constituerit, potest tamen executio decerni in ipsum feudum, quae eo magis hoc casu fieri potest, quod dominus per consensum in hypothecam sibi praeiudicauerit, vasallus autem debitor, aliis bonis deficientibus, conqueri non possit de iniuria sibi facta, cum iudicato suus vigor adimi nequeat, et executio suo modo etiam in feudum fieri queat, si vel maxime nequidem dominus

minus in hypothecam consenserit, vt statim indicabo. Conf. interim MODESTINVS PISTORIS. *lib. I qu. 15.*

§. XVIII. Vltimum quod concernit casum, *si vasallus hypothecam in feudum creditori dederit, non adhibito agnatorum et domini consensu*, vulgo notum est, quod distinguendum sit inter *pignus* et *hypothecam*. Si *pignus* in feudo constituit, feloniam vasallus committit, feudoque priuatur *2 F. 55.* secus est, si simplicem *hypothecam* creditori constituerit, de quo plenius actum est in superiori exercitatione *de diuers. hypoth. et pign. iure c. II. §. 12. sqq.* Nec hæc hypotheca effectibus suis destitui videtur. *Valebit*, ait STRYK. *de caut. contr. sect. II. c. IV. §. 13. quoad vasallum obligantem: valebit quoad descendentes ipsius: valebit quoque quoad fructus feudi.* Poterit ergo creditor in possessionem feudi mitti, illudque tam diu retinere, donec ex fructibus feudi ei satisfactum fuerit. Verum si rem penitius considero, hic effectus non vnice adeo *hypothecæ* est adscribendus, cum eundem etiam habeat simplex vasalli debitum. Fac debitorem vasallum bonis allodialibus destitutum solummodo feudum possidere: eum condemnatum esse a iudice ordinario ad debita soluenda: illum moras nectere in iudicato soluendo; sine dubio executio facienda in *fructus feudi*, si vel maxime hypothecam creditori haud dederit: PISTORIS *cit. l. n. 27.* proinde hypotheca talis non adeo singulares effectus habere videtur. Plenius hæc sunt excussa in *ordin. proc. Sax. tit. 40.* Sed quia hæc ad propositum thema primario non spectant, specialius hæc excutere supersedeo, sed potius meditationis huius hic esto finis.

Quid si vasallus debitor tantum hypothecam dederit.

EXERCITATIO LX.
AD LIB. XX. PAND. TIT. IV.

DE

PRAEROGATIVA HYPOTHECARVM PVBLICARVM.

CAP. I.

DE

PRAEROGATIVA HYPOTHECARVM PVBLICARVM SECVNDVM IVS CIVILE.

ARGVMENTVM.

I. Rationes pignoris constituendi. II. Pignoris significatus multiplex. III. Pignoris et hypothecae differentia. IV. Vtriusque conuenientia. V. Hypotheca publica vel priuata est: publica vel 1.) ratione causae efficientis, VI. vel 2.) ratione modi constituendi. Publicae praerogatiua prae priuata, constitutione Leonis inducta. VII. Modus constituendi hypothecam publicam vel iure particulari vel communi determinatur. VIII. De hypotheca quasi publica et eius requisitis. An hypotheca duobus testibus probata eam vim habeat? Notatur Mevius. IX. Dubium ex Nov. LXXIII. c. I. soluitur. X. An hypothecae legales, pignora iudicialia ad publica pertineant. Ius antiquum ante Leonis constitutionem. XI. Pignoris iudicialis

cialis iure antiquo nulla praerogatiua prae priuato nisi ex temporis ratione. XII. Ex constitutione Leonis publicae hypothecae ideoque et pignoris iudicialis ius praecipuum est prae priuato. XIII. De hypotheca legali variae Doctorum sententiae. XIV. De iisdem iudicium. XV. Hypotheca legalis, negotio in instrumento publico confecto, tributa aequipollet publicae, non vero si tribuitur negotio, in instrumento priuato celebrato.

§. I.

Cvm in contrahendis nominibus omnes Croesi, in exsoluendis vero iisdem vix Iri esse velint homines, immo cum eorum versutia et calliditas adeo increuerit, vt personali actione sibi satis prospicere possit nemo, eo tandem res rediit, vt machinationibus eiusmodi obuiam ituri nulli non sodalium atque familiarium annulis et colliculis potius quam animis vel etiam eorum fideiussoribus crederent, secundum illud MARTIALIS: *Introitus.*

Quum rogo te nummos sine pignore, non habeo, inquis,
Idem, si pro me spondet agellus, habes.

Quae adsecurationis species non solum ad nostra vsque tempora feliciter continuata est, sed eo frequentior esse coepit, quo magis nostri genii malignitas inualuit, vt vix vllum tam firme tamque potentibus clausulis etiam a viris peritissimis confici et conscribi possit chirographum, quod a debitorum peruersitatibus fraudulenter haud pertundatur, ita vt magis de nostro seculo verum esse videatur, quod olim de suo adfirmauit PLAVTVS *in Aulul. supplem.*

Heus tu, nulla ætas non multum fidei gerit,
Tabulæ notantur: adſunt teſtes duodecim:
Tempus locumque ſcribit actuarius.
Tamen inuenitur Rhetor, qui factum negat.

Quapropter, cum reſpectu crediti maior ſecuritas, quam quæ in *pignore*, præſertim *publico*, conſiſtit, fere eſſe poſſit nulla, de *ſingularibus hypothecæ publicæ iuribus* eiusdemque vero conceptu in hoc ſpecimine paucis diſſerere licebit.

Varius pignoris et hypothecæ ſignificatus.

§. II. Prius quam in genuinum illius conceptum inquiratur, diuerſus *pignoris* et *hypothecæ* ad euitandas verborum diſceptationes enucleari debet ſignificatus. Scitu itaque 1) neceſſarium eſt in latiſſimo ſenſu vſuque vulgari *pignus* et *hypothecam* ſynonymice, quo et nos in ſequentibus vtemur, accipi. BRISSON. *de V. S. voce, hypotheca.* Huc referendus eſt locus VLPIANI in *l. 1. pr. D de pign. act. pignus contrahitur non ſola traditione, ſed etiam nuda conuentione, etſi non traditum eſt,* quamquam in ſtrictiori ſignificatu ſibi inuicem ſoleant opponi. 2) Pignus nonnunquam *contractum pignoratitium* indicare, in quo tantum ſola expeditur pignoris conſtitutio. *l. 1. §. 4. D. de* Quandoque deſignat 3) rem creditori in ſecuritatem crediti datam: *l 13. D de pignor. act* vel 4) ius in re oppignorata conſtitutum, *l. 1. D. in quib. cauſ. pig.* quo in ſenſu definitio *hypothecæ* et *pignoris* coincidit diciturque, *ius in re debitoris creditori in ſecuritatem crediti conſtitutum,* ex quo quis argumentari poſſet, inter *pignus* et *hypothecam* minus recte ſtatui differentiam, inprimis cum quæ definitionibus non differant, eadem eſſe videantur.

§. III.

§. III. Sed discrepant tamen in strictiori significatu *pignus* et *hypotheca* inter se, 1) quod hæc sit *pactum prætorium*, quo res penes debitorem manet, tantumque creditori ius in illam reale, pacto adquiritur, atque ex singulari iuris prætorii dispositione eidem, vt propter qualitatem, rei oppignoratæ inditam, contra quemcunque illius possessorem agere liceat, permittitur; *l. 17. §. 2. D. de pact.* illud vero contractum constituit nominatum realem. Nec obstat *lex. 1. pr. D. de pign. act.* in qua pignus constitui dicitur etiam *nuda conuentione*, pro *hypotheca* enim vocabulum *pignus* in *c. l.* et sic in latissimo significatu, vti *§. II.* iam monitum, accipitur. Qua propter oppido errant BALDVIN. in *tr. de pign et hyp. c. 4* et NEGVSANT. *de pign. p. 3. membr. 1. not. 30.* statuentes pignus esse contractum consensualem. 2.) Quod hæc contrahatur nuda conuentione vt plurimum in re immobili: *§. 7 I. de act. in f.* illud præter conuentionem requirat rei traditionem, *l. 9. §. 2. D. de pign. act.* ex qua vnice substantiam capiat. *§. vlt. I. quib. mod. re contr. obl. l. 238. §. 2. D. de V. S.* 3) Ratione instituendæ actionis. Creditor enim, actione hypothecaria iuncta personali ex ipso contractu contra debitorem principalem agens, petit, vt aut summam ipsi debitam soluat, aut rei immobilis pignori obligatæ possessionem tamdiu, donec solutio facta fuerit, tradat: daß Beklagter Klägern entweder die 1000. Rthl. zu bezahlen, oder das verpfändete Grund-Stück ihm so lange abzutretten schuldig, bis er wegen seines Capitals, interessen und Unkosten befriediget. Hac vero rei traditione in pignore, cum statim hæc ab initio fieri soleat, non opus habet creditor, nisi postea illius possessionem forsan amiserit. Et denique 4) circa modum dissoluendi est differentia, quod in hac tacita remissio pignoris æque facile concipi nequeat, cum hypothecæ essentiam non ingrediatur traditio, vti in illo *l. 9. C. de remiss. pign.*

Differentia inter pignus et hypothecam.

Consensus pignoris et hypotheca.

§. IV. Conueniunt vero inter se, 1) quod in pignore et hypotheca non transferatur dominium: *l. 9. C. de pign. act.* 2) quod ius in pignore et hypotheca constitutum cedi possit sine principalis actionis cessione: 3) quod res pupillorum et minorennium sine decreto magistratus oppignorari nequeant, *§. 2. I. quib. alien. lic. vel non l. 1. D. de reb. eor.* nisi obligatio pro defensione caussae pupilli in iudicio sit necessaria: *l. fin. §. 5. C. de administ. tut.* NEGVS. *de pign. p. 2. m. 3. not. 77.* 4) quod res pignori subiecta et hypotheca ob non factam solutionem vendi et alienari possit, alienationis enim species est oppignoratio *l. 7. C. de reb. al. non alien. in f.* 5) quod realem debiti alicuius praecedentis existentiam praesupponat: 6) quod in illius constitutione, si a *tacito*, *iudiciali immissione*, creditoris iudicati causa impetrato, et *praetorio* pignore discesseris, consensus desideretur: *l. 1. pr. D. de pign. act.* 7) quod, quibus in ciuitate pignus adquirere permissum, permissum etiam sit adquirere hypothecam: *l. 24. D. de pign. et hyp.* 8) quod res pignori et hypothecae datae in commercio. *l. 6. C. quae res pign. oblig. poss.* nec per legem, nec per vltimam voluntatem, nec per conuentionem exemtae esse debeant: 9) quod vtrumque inter viuos et vltima voluntate possit constitui: 10) quod tam in pignore quam hypotheca bona fide facienda sit distractio: *l. 9. C. distr. pignor.* 11) quod varia vtrique adiici queant pacta licita, et tandem 12) ratione effectuum, praecipue autem in eo, quod creditores pignoris possessionem forsan amissam, nudam hypothecam habentes, ius suum vtiliter vel remedio possessorio contra debitorem ipsum per interdictum Saluianum, *l. 1. C. de prec.* Conf. *introd. in ius D. tit. de Salu. interd. §. 1. et tr. de act. sect. II. c. 3. §. 101.* vel petitorio possunt persequi contra quoscumque possessores.

§. V.

§. V. Verum vt e diuerticulo in viam reuerſus ad metam mihi propoſitam propius accedam, ſciendum eſt, hypothecas vel publica vel priuata fide conſtare, et ſic eſſe vel *publicas* vel *priuatas*. *Publicæ* ſunt (1) ratione *cauſæ efficientis*, quæ non facto debitoris eiusque conſenſu, ſed vel per *legis diſpoſitionem*, quod *in legalibus* ſeu *tacitis* hypothecis contingit, vel *facto iudicis ſolo conſtituuntur* ceu in pignore prætorio et iudiciali rei iudicatæ nomine per immiſſionem iudicialem conſtituto deprehendimus, conſtituuntur, neque adeo ab aliis priuatis hypothecis, a debitore per conuentionem priuatam confectis, ratione prælationis differunt, ſed ex prærogatiua temporis collocantur, teſte HARPRECHTO *in vol. nou. conſ. LXIX. n. 95. ſeqq.* adeoque proprie huc non ſpectant, vt infra paulo poſt declarabitur. *Hypothecæ ſunt vel publicæ vel priuatæ.* *Publicæ dicuntur vel ratione cauſæ efficientis.*

§. VI. Deinde *publicæ* ſunt *hypothecæ conuentionales*, a *modo conſtituendi* ita dictæ, quod ipſius debitoris conſenſu, *publica auctoritate et fide* conſtituantur, inſtrumentisque publice confectis nitantur, vt dicitur, *in l. 11. C. qui pot. in pign. hab.* et a *priuatis conuentionalibus* in eo differunt, quod hæ ſecrete fiant inter contrahentes per priuatam ſcripturam, quæ tamen non plene probat in præiudicium creditorum ratione temporis, quo hypotheca conſtituta eſt. In fraudem enim anteriorum creditorum ſæpe, prælato die, hypothecæ tales finguntur, vel potius a debitore, nil niſi nummos a creditore quauis conditione extorquere ſitiente, per mendacium ſæpe conficiuntur, quo falſi crimen committitur, *l. 3. D. de fide inſtrum. l. 1. §. 2. D. de edendo l. 7. C. de prob.* atque hac de cauſa nouiter LEO *in l. cit. 11.* hypothecas, quæ publice confectis inſtrumentis nituntur, prætulit hypothecis priuata conuentione initis, *ne ſit in mero arbitrio debitoris ſolius ex ſcriptu-* *vel modi conſtituendi.* *Differentia priuatæ a publica.* *Lex cit. 11. ad euitandas fraudes lata ſuit.*

ra priuata, a ſe longo poſt interuallo confecta prælato in ea die, ius prioris creditoris tollere vt ait ANDR. TIRAQVELLVS *de retract. conuent. §. 1. gl. VII. n. 48.* Videlicet omnis prærogatiua in hypothecis pendet *ex tempore*, quo conſtituta eſt, de quo, vt certitudo conſtans et perpetua adeſſet, voluit legislator inducere contrahentes, quo ſepoſitis priuatis ſcripturis, quæ vtplurimum lites pariunt moto concurſu, hypothecas publicis iuſtrumentis, plenam fidem habentibus, conficerent, adeo, vt niſi hoc factum fuiſſet, priuata hypotheca, etiam ratione temporis anterior, poſtponeretur hypothecæ publico inſtrumento conſtitutæ poſteriori. Hunc cuneum niſi addidiſſet diſpoſitioni ſuæ legislator, numquam finem, quem ſibi propoſuit, obtinere potuiſſet, qui priuatas hypothecas hoc modo, non quidem in totum infirmauit, et antiquum robur iis non ademit, ſed prioritatem temporis ratione *hypothecarum publicarum* iis ademit, atque ita *ius nouum* conſtituit, antiquumque correxit. Etenim ſecundum *ius anteleoninum* nihil referebat quoad prærogatiuam temporis, vtrum hypotheca publica an priuata fide conſtaret, et ſi quæ ſuſpiciones ratione prælationis dici emergebant, eæ vel iuramento concreditori delato remoueri poterant, vel aliter purgari veluti per teſtes omni fide maiores, qui paulo poſt confectam priuatam ſcripturam penes creditorem vidiſſent. conf. TIRAQVELL. *cit. l. n. 55.* BRVNNEMANN. *ad c. l. 11. n. 4.*

Prælatio in hypothecis dependet ex tempore.

§. VII. Atque huiusmodi *hypothecæ*, publica fide ſubnixæ, κατ᾽ ἐξοχήν et a potiori dicuntur *publicæ*, licet modus conficiendi *hypothecas publicas* varius ſit, et inprimis legibus prouincialibus hodie ſæpius ſpecialius determinatus. Qua de cauſa recte obſeruat MEVIVS *p. VII. dec. 139.* modum aut per ſtatuta

Modus conſtituendi hypothecas publicas varius eſt. Definitur vel ſtatutis vel conſuetudine

ta

ta vel ex consuetudine certam definitionem accepisse, aut non accepisse. In priori specie *verba statuti et stylum consuetudinis sequimur*, ait IDEM, *et quidquid iis non est congruum*, *pro vere publica hypotheca non habetur*. Deficiente lege prouinciali vel statuto sequimur communis iuris dispositionem, quia hoc modo non est correcta vel sublata, et ita pro publicis habentur, quae nituntur autoritate et fide publica, vtpote si *in iudicio* vel apud acta constituuntur, vel si *coram Notario et testibus* in publico instrumento, quae demum proprie publico confecta instrumento recte dicuntur, *vel iure communi.*

§. VIII. Sed etiam in horum numerum refert *lex 11. C. qui pot. in pign.* hypothecam coram *tribus testibus* constitutam, quae ideo *quasi publica* nominatur, et ad huius validitatem tres *testes masculos* integrae fidei adhibendos esse disponit, qui non hypothecae solum constitutioni interfuerunt, sed sua etiam subscriptione hoc testati sunt *c. l.* GVTIEREZ. *pract. quaest. lib. 3. qu. 102. n. 7. seqq.* Ex qua legis sanctione luculenter adparet, eam *publicae* nomen, quae per duos aut tres testes vel maxime idoneos probari potest, neutiquam mereri. Magna enim est differentia inter hypothecam *coram tribus testibus* constituere, et sine his constitutam per illos probare, cum a diuersis mala est illatio. Etenim non nudam probationem hypothecae priuatae *lex cit. 11.* desiderat, quod alioquin duo testes, etiam feminae, sufficerent; *l. 12. D. de test.* sed pro forma requirit 1) vt tres in hypothecae constitutione adhibeantur, et quidem 2) probatae atque integrae opinionis, praeterea vero 3) tantum viri seu masculi adhibendi, atque horum subscriptione 4) hypotheca confirmanda est. Quia vero haec absque recognitione plenum effectum habere nequit, necesse quoque 5) est, vt *De hypotheca quasi publica et eius requisitis.*

testes manum suam agnoscant, vt recte censet BRVNNEMANN. *ad c. l. 11. n. 6.* vel si hi non amplius superstites fuerint, recognitio vel per comparationem vel per testes fiat. Hoc modo ad effectum *prioritatis* consequendum demum constituitur hypotheca quasi publica, quem demum LEO hac lege singulariter ei tribuit, nec quauis probatione alia acquiescere voluit, alioquin simpliciter asserere potuisset, illam quoque *quasi publicam* censendam esse, quae legitime probari potest; atque ita ostendi, omnem absuisse fraudem, quae ex *praelatione diei* metuenda erat. Quamuis enim huc primario intentio imperatoris directa fuerit, simul tamen, vt omnis cauillatio euitaretur, modum certum determinauit, quo hypotheca demum pro *publica* vel *quasi* ad effectum consequendae praerogatiuae haberi deberet, qui pro forma praecise seruandus est. Quae cum ita sint, assensum non meretur sententia MEVII *p. VIII. d 362.* asserentis, praeferendam quoque hypothecam esse, quae duobus testibus iuratis probari potest, quod duo testes iurati plus fidei quam tres iniurati habeant. Si enim in nuda *probatione* acquiescere voluisset imperator, simpliciter hanc desiderasset, non vero in ipsa hypothecae constitutione trium masculorum praesentiam et subscriptionem requisiuisset. Ideo vero hunc modum elegit atque determinauit, vt postea moto concursu, qui *celeritatem* desiderat, probationis circuitus euitaretur, et simpliciter hypothecae trium virorum probatae fidei subscriptione munitae praeferri: hae vero destitutae, postponi deberent. Ait quidem MEVIUS: *hoc vero necesse est, vt de veritate hypothecae deponant, ideo istius constitutioni praesentes adfuerint.* Quid ergo, si feminae fuerint? Quid si etiam subscripserint, manum suam iurato recognoscentes? an credendum est, hanc quoque hypothecam pro *quasi publica* accipiendam esse? quod asserere

Mevii sententia reiicitur.

afferere non audeo, quia forma *c. l. 11.* hoc ipſo non eſt ſeruata, vt hypotheca talis effectum præferentiæ conſequatur præ aliis hypothecis priuatis. Breuiter: Imperator plus hoc caſu deſiderauit, quam ſimplicem veritatis probationem, quæ maiorem apparatum deſiderat: alioquin omnis priuata hypotheca, accedente probatione, ex poſtfacto fieri poſſet *publica.*

§. IX. Aliud tamen dicendum, ſi tantum *ad maiorem cautelam*, non vero ad *formam* conſtituendi negotium præſentia teſtium trium deſideratur, vt priuata ſcriptura eo maiorem fidem tantum conſequatur, ceu imperator illuſtrat in *Nou. 73. c. 1.* Etenim olim circa ſcripturam ſuper *depoſito* confectam, cautelæ maioris gratia etiam deſiderauit præſentiam trium teſtium, quibus præſentibus ſubſcriptio, facta ab eo, qui documentum fecit, vt hoc modo per hos teſtes probari queat ſubſcriptio depoſitarii, temere forſan manum ſuam negantis, et fidem datam fallentis. Neque tamen hæc probatio præciſe neceſſaria eſt, vt ipſemet fatetur, additque, ſe non vt abbreuiaret probationes, hanc legem ſcripſiſſe, ſed vt eo maior cautio circa talem ſcripturam adhiberetur, ſi forſan manum negauerit depoſitarius Ceterum neglecta hac cautela integrum deponenti eſt, ad vltimum refugium recurrere, et iusiurandum depoſitario deſuper deferre, prout *c. 4. cit. Nov.* decernit. Ita vero perſpicuum eſt, trium teſtium præſentiam hoc caſu non ad *formam negotii*, ſed nudæ cautelæ gratia deſiderari ad perfidiam depoſitarii infringendam, quorum teſtimonio iurato probari poteſt eius ſubſcriptio. Sed aliud dicendum, vbi *pro forma certa* deſiderata fuit ſubſcriptio trium maſculorum probatæ et integræ opinionis ad effectum, vt inſtrumentum priuatum

Aliud ſtatuendum, ſi maioris cautelæ gratia pluri- um quam trium teſtium præſentia opus eſt.

priuatum cum publico æqualem auctoritatem accipiat, et prælationem mereatur præ hypothecis priuatis, vt §. antec. ostensum est.

An in classem publicarum referantur hypotheca legales, pignora pratoria et iudicialia.

§. X. De iure itaque communi publicis instrumentis confectæ hypothecæ præferuntur his, quæ *priuatis scripturis* confectæ sunt. Vtrum vero in illarum classem referendæ sint *hypothecæ legales* atque pignora *prætoria* et *iudicialia*, per immissionem in bona debitoris ob causam iudicati impetrata, in ambiguum vocatum est discrimen, quod negauerunt HARPRECHT. *vol. nou. cons. 69. n. 87. seqq.* atque BRVNNEMANN. de *proc. conc. creditor. §. 48.* cum plurimis aliis, nullam prærogatiuam præ his, qui tantum priuatam consecuti sunt hypothecam, illis concedentibus. Atque hanc sententiam ex ipso fonte ICtorum antiquorum assensu muniunt, qui inter *priuatam* et *legalem* hypothecam vnice temporis rationem habendam esse censuerunt, vt potior moto concursu sit, qui prius hypothecam consecutus fuerit. Atque hæc sententia de *iure* ante LEONIS tempora certissima est, quo nec *publica hypotheca* vllam prælationem habuit, sed hypothecæ qualescumque *publicæ* et *priuatæ* ex temporis ratione æstimatæ fuerunt., nisi speciatim ex singulari priuilegio prioritatem *hypotheca legalis* accepisset. Adeoque non mirandum est, in iure antiquo, quod annum 469. antecedit, quo demum *constitutio Leonina in l. 11. C. qui pot. in pign. hab.* relata, publicata est, rariora vel nulla vestigia distinctionis inter *publicam* et *priuatam* hypothecam occurrere, sed indistincte priorem tempore, potiorem iure fuisse, *l. 4. C. qui. pot. in pign. hab.* quamuis scriptura priuata, in qua hypotheca constituta erat, facilius impugnari posset, quod in concursu creditorum contra tertium non æque probaret, vti contra

Quod negant Harprecht et Brunnemann

Confirmant sententiam suam per ICtos antiquos.

Quæ vera secundum ius antiquum.

contra debitorem manum suam agnoscentem. *l. 32. pr. D. de pact. l. 7. C. de prob.* In pignore res facilius exitum habere poterat, quamuis priuato constituto contractu, quia ipsa *traditione* perficiebatur, quæ per duos testes probari poterat. Vnde ait ICtus *in l. 8. D. qui pot. in pign. vel hyp. si pignus specialiter respublica acceperit, dicendum est, præferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est, quia et priuati præferuntur*, exceptis tamen casibus, in quibus fiscus priuilegium accepit. *l. 34. D. de reb. aut. iud. poss.* Similiter in *l 2. C. de priu. fisci* ANTONINVS vxorem, cui prius maritus bona sua obligauerat, fisco præferendam esse censet, cum quo postea demum maritus contraxit; quamuis fiscus in bonis eius, cum quo contraxerat, ex eiusdem ANTONINI constitutione *in l. 2. C. in quib. caus. pign. vel hyp.* tacitam hypothecam quoque habeat, quod etiam confirmat *l. 46 §. 3. D. de iur. fisci.* Præferebatur ergo mulier, cui maritus bona sua *expresse* obligauerat, priuata licet conuentione, siue de hypotheca fisci *expressa* siue *tacita* quæstio erat, quamuis illa etiam *publico instrumento* constituta, hæc vero ab ipsa *lege publica* eidem assignata esset. Addo etiam aliud argumentum ex *l. 28. D. de iure fisci*, in qua VLPIANVS ita edisserit: *Si qui mihi obligauerat* (etiam priuato instrumento) *quæ habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit*, ipso momento contractus accipiente pignus tacitum, *sciendum est, in re postea acquisita, fiscum potiorem esse debere* PAPINIANVM *respondisse, quod et constitutum est, præuenit enim causam pignoris fiscus*; ast in re antea iam acquisita sine dubio priuatum creditorem fisco præferendum esse, censuit ICtus. Posterius euidentius declaratur a SCAEVOLA in *l. 28. D. qui pot. in pign. hab.* adeo vt creditorem priuato ex contractu fisco præferendum esse censeat in bonis etiam postea acquisitis, videlicet an-

Aliud dicendum de pignoribus.

Illustratur per l. 2. C. de priv. fisci.

Per l. 28. D. de iure fisci.

antequam cum fiſco contraheret idem debitor. Ita communiter hunc textum explicant, quamuis etiam dici queat, olim hac de re fuiſſe controuerſiam inter diuerſas ICtorum ſectas, quod ipſe VLPIANVS in *l. 28. D. de iure fiſci* indigitaſſe videtur, qui ſententiam hanc præferendam eſſe cenſuit tum ob auctoritatem PAPINIANI, tum quod *reſcripto principali* confirmata eſſet, quod indicant verba: *quod et conſtitutum eſt.* In quæſtionibus enim ambiguis et controuerſiis prouocaſſe ICtos ad reſcripta principum, ex quibus *authentica declaratio* deſumebatur, certum eſt.

In pignore iudiciali ex cauſa iudicati capto idem olim obtinuit, ac in pignore vel hypotheca priuatim conſtituta.

§ XI. Neque diuerſum olim ſtatuendum erat inter *pignus iudiciale, ex cauſa iudicati captum*, et pignus vel hypothecam priuato pacto quæſitum; nam etiam inter hos creditores prærogatiua omnis ex prioritate temporis deſumta eſt, quamuis iudicis auctoritate publica illud captum eſſet. Nihil euidentius eſt ſententia *l. 10. D. qui pot. in pign. hab.* in qua ICtus ita rationes ſubducit: *ſi et iure iudicatum et pignus ex cauſa iudicati*, AVTORITATE EIVS, QVI IVBERE POTVIT, *captum eſt, priuilegiis temporis fore potiorem heredem eius, in cuius perſona pignus* (priuato contractu licet) *conſtitutum*, vel etiam ſimplex hypotheca, quippe quæ eadem ratione temporis prærogatiua gaudet, *l. 12. §. vlt. D. qui pot. in pign.* Palam eſt, *pignus iudiciale* in hac ſpecie auctoritate magiſtratus publica conſtitutum fuiſſe, et ſic parem cum hypotheca apud acta vel inſtrumento publico conſtituta auctoritatem habere debere, et tamen eidem præferendam eſſe anteriorem hypothecam in perſona defuncti conſtitutam, cenſuit ICtus, absque vlla diſtinctione, vtrum hæc publico an priuato inſtrumento conſtituta fuerit. Ex quo concludo, iure antiquo inter hypothe-

cam

cam conuentionalem, legalem et iudicialem vnice prærogatiuæ temporis rationem habitam fuisse, excepto solo pignore prætorio, in quo omnium missorum par erat ratio.

§ XII. Recensui ius antiquum, quod ante Leoninam constitutionem in *l. 11. C. qui pot. in pign. bab.* in vsu fori Romani obtinuit. Postquam vero LEO Imperator hypothecæ, in publico instrumento confectæ vel trium virorum subscriptione vallatæ prærogatiuam temporis præ hypothecis, in priuatis scripturis constitutis, assignauit, quæ ἰδιόχειρα græce appellantur, magna suborta est dubitatio, vtrum etiam his præferri debeant *pignora legalia* et *iudicialia* ex causa iudicati per immissionem impetrata? Nihil de his decernit LEO *in c. l. 11.* sed tantum priuatis instrumentis constitutas hypothecas postponit, quod in illis infiniti fuci ratione prælati temporis committi solerent, et sic contra tertium in concursu probare non possent, vel ad minimum ratio dubitandi subesse posset, vtrum tempore indigitato, hypotheca esset constituta. Hanc rationem vbi considero, non possum non ex præsumta legislatoris mente colligere, cum idem quoque in pignore *iudiciali* et *legali* voluisse constituere, quod constituit in hypotheca in *publico instrumento* constituta. Etenim (I.) *iudiciale pignus* ex immissione iudicati nomine quæsitum æque *fide publica* et *certitudine plenissima* intuitu temporis gaudet, ac quidem hypotheca in instrumento publico data, adeoque inter hanc et illud secundum hanc constitutionem prioritas vnice ex tempore æstimanda. Absurdum itaque foret, huic prærogatiuam tribuere velle præ illo, si tempore hæc posterior, iudiciale autem prius esset, *auctoritate eius, qui iubere potest, captum*, vt dicitur in *l. 10. D. qui pot. in pign. bab.* quod æque *publicum apud acta* dici potest,

Per l. 11. cit. nouum ius introduxit Leo imperator.

Dubia exinde suborta.

Ratio l. cit. 11.

Ex præsumta legislatoris voluntate idem obtinet in pignoribus iudicialibus et legalibus ac hypothecis publicis.

teſt, ac conuentionale apud acta conſtitutum. Vtrobique iudex auctoritatem fidemque publicam interponit, et vtrumque *apud acta* conſtitutum dici poteſt, quia immiſſio ipſa æque actis inſerenda, ac quidem hypotheca a debitore iudici inſinuata, et in acta relata, immo plus ponderis ex Leonina ſanctione habere debet ac illa, quæ coram notario confecta, vel trium teſtium ſubſcriptione munita eſt. Ita vero huic conſequens eſt, (II.) vt *tale pignus iudiciale* quoque præferendum ſit hypothecæ in priuato inſtrumento conſtitutæ, ſicuti eidem præfertur, quæ in *publico inſtrumento* a debitore alicui data eſt. Qua de cauſa (III.) ſententia *legis 10. D. qui pot. in pign.* ad nouum ius accommodanda et dicendum eſt, tunc demum priorem creditorem præferendum ei, qui ex cauſa iudicati immiſſus, eſſe, ſi hypothecam conuentionalem in *publico* accepit *inſtrumento*: non vero ſi in priuato, quam LEO ſuo tempore demum poſtpoſuit ob incertitudinem ratione temporis, quæ in vtroque pignore deficit priori caſu, non poſteriori.

Sententia Dn. Leyſeri adducitur ſtatuentis, hypothecas legales æque eſſe publicas.

§. XIII. Maior ratio dubitandi occurrit circa *hypothecas legales* quas æque *publicas* cum his, quæ publico inſtrumento confectæ ſunt, exiſtimat Dn. LEYSER in *medit. ad D. ſpec. 226.* contenditque, pignus tacitum æquipollere pignori iudiciali. *Nam ius*, ait, *quod lex ipſa et autor eius princeps tribuit, non minus publicum eſt, quam id, quod magiſtratus inferior, miniſter legis et principis, concedit. Et fides publica magis forſan periclitaretur, ſi hi, qui legum auctoritate ſubnixi, ſe ſuaque debitori crediderunt, ab his quibus iudex fauit, excluderentur. Denique lex 11. C. qui pot. in qua priuilegium hypothecarum iudicialium* (vel potius publicarum) *fundatum eſt,*

eas

non omnibus, sed iis saltem hypothecis, quas quis sibi ex priuatis instrumentis vindicare contendit, praefert. In alia omnia HARPRECHT. *vol. nou. cons. 69 n. 89. seqq.* et falli eos existimat, qui hypothecam, quam lex constituit, aeque *publicam* et sic praeferendam priuatae hypothecae censent. *Quod enim,* pergit, *distinctio quorumdam doctorum inter tacitam seu legalem et expressam hypothecam quoad istum articulum praelationionis siue prioritatis, quasi nempe legales priuata solummodo conuentione constitutae hypothecae, sine temporis discrimine, praeferri debeat, merum commentum sit, et legis constitutio in tacito pignore constituendo non maioris sit roboris et auctoritatis, quam in constituenda hypotheca priuata cuiuscumque debitoris priuata voluntas, verissime pronunciat* GEORG. FRANTZKIVS *ad tit. D. qui pot. in pign. hab.* Quam sententiam etiam probant LAVTERB. *ad cit. tit. §. 10.* MERCVRIALIS MERLINVS de *pign. et hyp. lib. IV. tit. 1. q 7.* et IOACHIM MYNSINGER *cent. 1. obs. 59.* Ipse HARPRECHTVS *c. l. n. 70.* subinde argumenta huius sententiae producit ex ipsis legum fontibus, *§. X. seq.* iam excitatarum, atque tandem *n. 95. seqq.* distinguit inter hypothecas publicas, quae *ratione causae efficientis* tales sunt: et quae *ratione modi constituendi*, seu coram magistratu, aut apud acta, aut coram notario fiunt, pro publicis habentur. Illis denegat omnem praerogatiuam seu ius praelationis prae hypothecis priuato contractu vel pacto constitutis; quod alioquin etiam *iudiciale in specie sic dictum* praeferendum illis esset, quod non permittit *l. 10. D. qui pot. in pign. hab.* Huic soli vero ius praelationis tribuit, quod in hac sola subsistat *l. 11. C. qui pot. in pign. hab.*

Cui contradicit Harprecht l. c.

Lauterbach. ad tit. D qui pot. in pign. hab. §. 10.

§. XIV. Sicuti vero *cit. l. 11.* omne fundamentum suum in *certitudine apodictica* et *fide publica*, vt de certo termino con-

Basis cit. l. 11. est certitudo et fides publica.

ca tacita, *l. 2. C. in quib. cauſ. pign. vel hyp. tac. contr.* adeoque qui conduxit a fiſco vel mutuam accepit pecuniam, eius bona eidem tacite obligata erant. Contractus ipſe vt plurimum inſtrumento perficiebatur, ſed non ſemper *publico*, immo fiſcus contrahens cum priuato, iure priuatorum gaudebat, adeoque prærogatiuam præ priuata hypotheca habebat. Magis vero hodie hanc vbique *de iure communi* fiſcus ſibi merito vindicat, quod hodie tales contractus nomine principis non tantum ineantur, fide officialium, publica auctoritate gaudentium, corroborentur, ſed etiam *ſigillo authentico*, quod publicam fidem habet, muniantur, adeoque hæc legalis hypotheca pro *publica* omni modo accipienda et habenda eſt. In quibusdam locis etiam æraria pauperum, eccleſiæ, pagi et vici, quoad illa, quæ illis debentur, *tacitam* hypothecam habent, ſed non ſemper *publicam*, quia, quæ debentur, non ſemper ex inſtrumento publico illis debentur. Marito pariter competit tacita hypotheca ratione promiſſæ dotis ex pactis dotalibus, *l. vn. §. 6. C. de R. V. A.* quæ rarius apud acta aut notarii inſtrumento conficiuntur, adeoque hæc pro *priuata* habenda, niſi pacto dotalia a tribus teſtibus maſculis conſcripta fuerint. Incipit quidem hæc hypotheca a tempore contracti matrimonii teſte HARTMAN. PISTOR. *obſ. 110.* quod tamen limitandum, niſi poſt matrimonium contractum demum inita fuerit, quod tunc demum initum capere debeat a tempore promiſſionis factæ, adeoque ſi priuato pacto dos promiſſa, incertitudo aliqua ſupereſt ratione initii, propter quam hypotheca in publico inſtrumento confecta præfertur. Si ergo, vt in ducatu Guelpherbytano alibique in pagis, *pacta dotalia* non valent absque *iudiciali confirmatione*, hæc ſine dubio hypothecam legalem

lem publica munit fide, vt pro *publica* æque haberi debeat. Dedit etiam IVSTINIANVS anno DXXX. vxoribus hypothecam tacitam pro dotibus restituendis in *L. vnic. §. 6. et 15. C. de R. V. A.* adeoque secundum hanc dispositionem procedendum esset, nisi anno sequente imperator in *l. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. hab.* eidem præterea dedisset *potiora iura contra omnes creditores mariti, licet essent anterioris temporis priuilegio vallati*, absque distinctione, vtrum dos *publico* an *priuato* instrumento promissa, modo postea re vera soluta etiam fuerit, certo indicio, hanc *hypothecam legalem* nullam alias habituram prærogatiuam præ aliis hypothecis expressis, priuato instrumento confectis, nisi noua IVSTINIANI indulgentia hanc prærogatiuam singulariter doti dedisset, quodque hypotheca legalis ex mente *Leoninæ constitutionis* publicæ hoc intuitu haud æquipolleret, vti Dn. LEYSER supra laudatus arbitratus est. Habet etiam vxor hypothecam legalem ratione paraphernalium a tempore, quo exegit nomina eius maritus, *l. f. C. de pact. conu. tam super dot.* quo casu nequidem instrumentum desuper confici solet, et ita hæc hypotheca mere priuata est. Idem dicendum si pacto dotali priuato hypotheca *expressa* eo nomina data, quæ omni prærogatiua caret præ hypothecis anterioribus æque priuato instrumento constitutis. Vtramque et *expressam* et *legalem* memorat imperator, sed huic præ illa, quatenus priuato pacto dotali facta, nullam prærogatiuam concedit, quod rursus ostendit, hypothecam legalem non æquali passu ambulare cum hypotheca, *publico instrumento* tributa. Notum quoque est tutorum in bonis pupullis hypothecam legalem competere *l. 20. C. de admin. tutor. l. vn. §. 1. C. de. R. V. A.* ex tempore suscipiendæ tutelæ, quo mox tutores fieri incipiunt. LAVTERBACH. *ad. tit. in quib. caus. pign. vel hyp. tac.*

quæ

quæ rurſus pignori in publico inſtrumento conſtituto non æquipollet, vt illud merito eidem præferendum. Sed quia hodie tutores a magiſtratu *publico decreto* confirmandi ſunt, ad minimum ab hoc tempore hypotheca legalis æquale pondus cum illa, quæ *inſtrumento publico* conſtituta eſt, habere debet. Pro rebus maternis liberis eſt conceſſa hypotheca legalis in bonis paternis, quæ incipit a tempore adminiſtrationis cœptæ, *l. 6. §. fin. D. de bonis quæ lib.* ſed ſine priuilegio hypothecæ publicæ, quæ hic *vt plurimum* deficit, nec legalis talem hypothecam conſtituit, quæ iura prioritatis præ aliis priuatis habent. Legatariis et fidei commiſſariis quoque legalis hypotheca conceſſa in *l. 1. C. commun. de leg. §. 2. I. de leg.* Et quamuis hæc debita ex teſtamento, quod ſuo modo inſtrumento publico æquiparatur, debeantur, non tamen ſtatim a tempore conditi teſtamenti, ſed a tempore *mortis* incipit, *l. 5. §. 1 D. quando dies leg.* quod in teſtamento deſignari nequit, vt adeoque deeo ex teſtamento conſtare nequeat. Eſt itaque hæc hypotheca ſimplex, ita vt creditoribus defuncti anterioribus etiam ſimplicibus, ante ſatisfaciendum ſit. *l. 22. §. 5. et 6. C. de iure delib.* Quis ergo aſſereret, hanc hypothecam publicam eſſe, quæ nequidem impedire poteſt, quo minus creditoribus quibuscumque defuncti antea ſatisfieri debeat, antequam ad legatorum ſolutionem deueniatur. Breuiter: hypotheca legalis *qua talis* non æquipollet *hypothecæ publicæ*, in inſtrumento publico conſtitutæ, adeoque nullum ius prælationis præ hypotheca priuata conſtituit. niſi inſtrumento publico, quod ſuper negotio et contractu principali confectum eſt, acceſſerit.

CAP.

a iudice in confirmatione hypothecæ obſeruaudum. XIII. Hypothecæ non niſi publicæ in concurſu creditorum prærogauiuam obtinent ex legibus prouincialibus.

§. I.

Dantur etiam *hypothecæ publicæ* ſecundum ſtatuta et iura Germaniæ prouincialia, in rebus immobilibus creditoribus conceſſæ, quæ aliquam quidem affinitatem cum his, quæ *iure Romano* prærogatiuam acceperunt, et publico inſtrumento conſtitutæ ſunt, habent, ſed inde proprie originem non trahunt, ſed propriam ſuam indolem et naturam habent. Etenim 1) vnice in *bonis immobilibus* locum obtinent, quorum alienatio ſecundum eadem iura Germaniæ, mediante *reſignatione iudiciali*, in libris publicis conſignanda, facienda eſt, vt demum plene alienata eſſe cenſeantur, adeoque neceſſe fuit, vt quoque hypothecæ conſtitutio quoad hæc bona publica auctoritate apud acta fieret, quia viam proximam ad alienationem parit. *l. f. C de reb. alien. non alien.* Quicquid ergo neceſſarium in alienatione harum rerum fuit, illud pariter ad hypothecæ conſtitutionem neceſſarium eſſe, recte creditum fuit, adeo, vt harum hypothecarum conſignatio, æque ac plena translatio dominii in alterum, libris publicis conſignanda ſit.

Hypotheca publica Germanorum propriam ſuam habeat naturam.

§. II. Videlicet decantata eſt diſtinctio inter *mobilia*, quæ de loco in alium locum transferri poſſunt: et *immobilia* bona, quæ de loco in locum commode transferri non poſſunt, vel ad vſum perpetuum illorum deſtinata ſunt. In his Germani primarium

In iure German. etiam diſtinguitur inter bona mobilia et immobilia.

primarium patrimonium vbique constituerent, gentisque suæ conseruationem quæsiuerunt, vt, semel iure hereditario translata, sine heredum consensu alienari non potuerint. *Mobilium* non æque curam habuerunt, quorumque abundantia non æque vt hodie laborarunt, adeoque liberæ cuiusuis dispositioni reliquerunt, vt plenius euicerunt SCHLVTERVS von unbeweglichen Gütern *p. I. lib. I. §. 5.* et THOMASIVS in *select. feudal. p. 13. seqq. §. 6.* Immobilium duas classes constituerunt, ad primam referentes *nouiter* proprio labore vel titulo singulari *acquisita:* ad alteram *hereditaria*, quæ iure hereditario in successores translata erant, quæ distinctio in antiquis monumentis passim memoratur, ceu obseruaui *tom. IV. iur. eccles tit. XX. §. 78.* et optime declaratur in *Stat. Hamb. P. III. tit. 1. §. 7.* *Noua* seu *acquisita* facilius quam *hereditaria* seu *antiqua* alienari poterant, adeo vt hæc sine heredum consensu in alium transferri non potuerit, facilius illa, in quibus heredibus nullum ius quæsitum erat. Vnde illa appellata sunt ab antiquo Stamm- und Erb-Güter, quod appellatio, Stamm, *consanguineos* designet, qui a communi stipite originem trahunt, abstammen, qua de causa etiam schema genealogicum, Stammbaum vocatur. Quod itaque semel per viam *hereditatis* aut *iure successionis legitimæ* translatum fuerat, in illud heredibus legitimis ius quæsitum erat, vt sine eorum consensu alienari non posset, vt rursus ex antiquis diplomatibus obseruaui *cit. l.*

Immobilia in duas diuiserunt classes.

Nouiter acquisita facilius quam antiqua alienari potuerunt.

Antiqua vocantur Stamm und Erb-Güther.

§. III. Ne itaque quis in alienatione bonorum immobilium, reuocationi forsan obnoxiorum, deciperetur, cautum ab antiquo fuit, ne immobilia *sine consensu et auctoritate iudiciali* alienarentur, vt iudex antea cognoscere posset, vtrum bona

immobilia sine consensu et auctoritate iudicis alienari nequeunt.

bona ita comparata essent, quæ libere et absque heredum consensu alienari possent, nec pro domino haberetur, in quem sine iudiciali consensu et decreto bona essent alienata. Iam in *lege Ripuaria tit. 59. §. 1.* cautum erat: *si quis alteri aliquid vendiderit, et emtor testamentum venditionis accipere voluerit, in mallo* (seu iudicio) *hoc facere debet, et pretium in præsente tradat, et rem accipiat, et testamentum publice conscribatur.* De *immobilium* alienatione hæc verba capienda esse, designat circumstantia adiecta, quod super venditione conscribendum sit instrumentum, quod olim in alienandis rebus immobilibus necessarium fuit. Idem obseruarunt antiqui Saxones, prout docet *Ius Prouinc. Saxon. l. 1. art. 52.* ohne der Erben Laub und ohne Gerichte mag kein Mann sein eigen Gut noch seine Leut vergeben, quod in sequentibus plenius declaratur ostenditurque, *de bonis hereditariis immobilibus* hoc capiendum esse, quæ primario eigen vocata sunt. Ideo vero iudicis consensum fuisse necessarium, vt ipse ante resignationem dominii decerneret, vtrum res vendita ita esset comparata, vt sine cuiusuis contradictione in alium transferri posset, an vero heredum consensus esset necessarius, optime euincit das Weichbild *art. 20.* quem integrum hic dabo, vt de ratione huius iuris antiqui atque prudentissime constituti eo rectius constet. Ait auctor huius compilationis: Nun höret und vernehmet, ob ein Mann sein eigen vergeben will binnen Weichbild, wie er das thun soll, damit es recht und redlich sey und hülflich, dem, der es haben soll. Er soll kommen zu rechter Dingstatt, und vor die Bäncke, mit dem, der es empfahen soll, so frage denn der, der das Eigenthum will vergeben, (mit urtheilen) wie er sein eigen vergeben soll, daß es ihm hülflich zu seinem Rechte, so findet man ihm zu Recht (mit der Erben Laub) ob es Erb oder gabhaft Guth ist, das ist, daß es nicht unbeerbet, oder ungabhaft Guth sey, also, daß ers gekaufet habe um sein Geld, denn

Qua de re lex Ripuaria t. l. disponit.

Et subintelligit tantum immobilia.

Quod etiam ex iure Saxonico,

Et ex art. 20. des Weichbilds euincitur.

so mag er es geben, wem er will, ohn jemandes Wiedersprechen, und jener empfähet es auch also; wenn ers denn vergeben, und jener empfangen hat, so frage dieser (mit urtheilen) ob ers also empfangen habe, daß es ihm hülflich sey an seinen Rechten, wenn ihm das gefunden wird, so bittet er (mit urtheilen) die Einweisung vor Gericht halben, so soll ihn der Schultheiß einweisen, oder der Voigt (ob die Gab vor ihn geschehen ist) und die Schöppen sollen mit ihn gehen, die da sehen und hören sollen, daß man ihn recht und redlich einweise, denn sie müssen des darnach gezeugen seyn, ob man ihr dazu bedarf, so weißt ihn denn der Schultheiß ein, (als ich euch hie sagen will). Der Richter soll in das Hauß gehen, oder auf die Hoff-Stadt, (ob da kein Hauß ist,) und soll jenen nehmen bey der rechten Hand, und soll ihm leiten vor den Schöppen in das Hauß, (und die sollen ihn nachgehen,) und soll sprechen diese Worte: In die Gabe, die dir gegeben ist vor dem Gerichte, weise ich dich, als dir das Urtheil ertheilet hat, und setze des die Schöppen zu Gezeugen, und die andere Ding-Pflichten, daß ich dich hie eingeweiset hab, als es recht ist. So trete denn dieser vor die Bäncke, und bitte den Richter, daß er sein Gezeuge seyn wolle, daß er Recht in das Eigen geweiset sey, daß muß der Richter denn thun bey dem Eyde, den er zu dem Gerichte gethan hat, so gebe jener seinen Weiß-Pfennig dem Richter, und den Schöppen, so ist er denn vollkommen an seinen Rechten. Und gleicher weiß als der Richter dieses verzeuget, also sollen auch die Schöppen solches nachzeugen.

Hypotheca constitutio desiderat autoritatem iudicialem aeque ac alienatio.

§. IV. Quia itaque hypotheca in *immobilibus* constituta pariter vergit ad alienationem, tunc suscipiendam, si debitor debito tempore non soluit, necesse fuit, vt hæc quoque *iudiciali auctoritate* legitime constitueretur, nec effectum haberet plenum, si ea careret. Sicuti enim alienatio immobilium pro

pro plene consummata non habetur absque *iudiciali resignatione*, ita quoque hypothecæ in his constitutio parum roboris habet, quæ iudiciali auctoritate destituta est. Quamuis vero ius Romanum, quod distinctionem adductam inter antiqua et noua bona ignorat, in Saxonia aliisque prouinciis multa innouauerit, vt in hereditariis alienandis non vbique consensus heredum necessarius sit, sed multo liberior alienandi facultas hodie in plurimis locis sit, ac olim quidem fuit, hoc tamen ex iure antiquo prudenter retentum, vt alienatio immobilium et hypothecæ vel pignoris constitutio in illis effectu pleno careat, nisi iudiciali consensu, auctoritate et insinuatione facta fuerit. Etenim licet I.) hodie ratio primaria iuris antiqui in plurimis Germaniæ prouinciis cesset, non defuerunt tamen aliæ rationes, quæ iudicis *interuentum* et *consensum* necessarium duxerunt Nihil magis interest reipublicæ, quam vt dominia rerum sint certa, et vt publice constet, quo iure quis rem immobilem possideat, adeoque ne quis in alienatione vel hypothecæ constitutione decipiatur, necesse est, vt quis tutus sit, et sine vlla formidine rem acquirere vel hypothecam in ea accipere queat. Hoc vero II.) aliter fieri nequit, quam si coram iudice et apud acta tum harum rerum alienatio tum hypothecæ constitutio fiat, atque iudex in libris publicis hos alienationis actus sedulo annotet, vt ex his cognoscere queat, vtrum consensum in alienationem vel hypothecam dare queat, nec ne? Quodsi enim is possessor rem alienare cogitat, in quem præuia iudiciali resignatione non est translata, nec illa libro publico inscripta, quilibet emtor aliterque acquirens facile intelligit, in se dominium transferri non posse, nec iudex a tali venditore resignationem accipere debere. Pariter si debitor hypothecam in immobilibus creditori constituere efficaciter intendit, statim hic ex libris publicis certus reddi potest,

Ius Rom. quoad citatam distinctionem passim multa innouauit.

Nihil tamen quoad hypotheca constitutionem.

Interest reip. vt dominia rerum sint certa.

Id quod aliter fieri nequit quam per iudicem.

 vtrum

vtrum eius ſint? immo vtrum bona aliis iam obligata ſint, nec ne? vel an et quatenus pluribus ſufficiant, vt hoc quoque caſu iudex cautus eſſe debeat in conſenſu in hypothecæ conſtitutionem interponendo.

Hypotheca publica deſcribitur.

§. V. Quocirca hæc *Hypotheca immobilium publica*, quæ in Saxonia et ditionibus, Regi potentiſſimo noſtro ſubiectis, alibique nouam formam accepit, a *publica iuris Romani* magnopere differt. Dicitur enim hæc HYPOTHECA PVBLICA, *quæ in immobilibus cum conſenſu debitoris et auctoritate iudicis, ſub quo ſita ſunt, conſtituta et libro publico conſignata eſt.* Illuſtrat hanc definitionem die Preußiſche Concurs- und Hypothecken-Ordnung §. 5. Ferner müſſen alle Verpfändungen derer unbeweglichen Güther bey denen Gerichten, unter deren iurisdiction das Grundſtück gelegen, in das Hypothecken-Buch bey Verluſt des Vorzug-Rechts auch in Gegenwart derer creditorum eingetragen werden, vt cuilibet de hypotheca publice conſtet, cuius forſan intereſt, eius notitiam habere. Pariter in *ordin. proc. elect. Saxon. tit 46. §. 2.* ita cautum: unbewegliche Erb-Güter ſollen vermöge Landüblicher Sächſiſcher Rechte von der Obrigkeit und Gerichten, darunter ſie gelegen, verpfändet und daſelbſt inſinuiret oder Gunſt darüber ausgebracht werden, ſonſten iſt dergleichen Verpfändung nicht kräftig. Qua de cauſa, hoc ſtante iure prouido, (I.) non eſt hypotheca *publica*, quæ coram notario vel tribus teſtibus conſtituta eſt, vti hoc clare apparet ex nouiter declarata et *emend Ord. Conc. Pruſſ. §. 20.* Nachdem auch ſchon vermittelſt ſpecialen Edicts vom 20. Febr. 1693. die obligationes, ſo vor Notarien und Zeugen gemacht, ſo viel den effectum publicæ hypothecæ betrifft, gänzlich abgeſchaffet, und es dabey ſein beſtändiges Verbleiben hat, ſo ſind auch keine andere Hypothecken, als die in §. 170.

Illuſtratur per ord. conc. Pruſſ. c. l.

Et per ord. proc. El. Saxon. c. l.

Hypotheca coram notario vel tribus teſtibus conſtituta, non eſt publica.

§. 170. benennet, als publicæ zu lociren, und im Fall beyentstehenden Concursen Hypothecken vorkommen solten, so vor NOTARIEN und Zeugen constituiret, selbige unter den Priuat-Hypothecen mit anzusetzen, quippe in qua finis, qui hodie plenius intenditur, obtineri nequit, adeoque in *Ordin. Sax. laudata* §. *3.* additur: Da auch ein Gläubiger vor 2 oder 3. Zeugen, oder durch Aufrichtung eines Vertrag, so mit etzlicher Unterhändler Siegel bekräfftiget, eine Verpfändung auf unbewegliche Güther erlanget hätte, soll er zwar vermöge derselben vor andern chirographariis bezahlet werden, doch ihm die gerichtliche Verpfändung in alle Wege vorgehen. Immo posterius in *nouiter emendata ord. process. c. 46. §. 1.* quoque sublatum cautumque, daß hinführo dergleichen Verpfändung gantz ohne Würckung seyn solle. Inde (II) inefficax est hypotheca immobilium extraiudicialis et priuata fere in concursu et contra tertium possessorem: non æque priuata de iure communi, quamuis, moto concursu, publicæ prælationis iure fruantur. Præterea (III.) hypothecæ tacitæ æquali iure cum publicis in plurimis locis fruuntur, vti adhuc in terris Prussicis per *cit. ord. conc. §. 177.* diesen gerichtlichen und consentirten Hypothecken folgen die, welche nach Anleitung der Rechte in des Schuldners Güter ein stillschweigendes Unterpfand erhalten, nisi quod hæ illis tantum ratione prælationis postponantur, et olim etiam in Saxonia Electorali, vt priores tempore potiores essent iure, vid. CARPZOV. *P. I. c. 28. def. 110.* quod non æque de iure communi dicendum, uti capite antecedente obseruaui; quid? quod hypothecæ tacitæ in *ord proc. emend. Saxon. tit. XLV. §. 1.* prorsus sublatæ fuerint, quod de illis ex libris publicis iudicialibus constare, et ita securitas publica creditoribus, qui iudiciales hypothecas impetrarunt, promitti alias possit nulla.

Sed referuntur ad priuatas.

Idem obtinet in Saxonia per ordinat. Saxon. loco cit.

Hypotheca tacita æquali iure cum publicis in plurimis locis fruuntur.

In Saxonia vero per ord. cit. loco alleg sublatæ sunt.

Hypothecarum iudicis consensu munitarum vni ee moto concursu habetur ratio.

§. VI. Quæ cum ita ſint, hypothecæ publicæ in illis prouinciis, in quibus tantum *iudicialis confirmatio* quoad immobilia has conſtituit, non tantum effectum moto concurſu demum habent, ſed etiam præterea earum duntaxat ratio inter creditores hypothecarios habetur, vt *extraiudicialium*, exceptis mobilibus vix ratio habeatur, vt quoque deciſum eſt in *cit. ord. conc. Pruſſ.* §. *176.* hätte iemand ein Unterpfand an beweglichen Güthern erlanget, es ſey gerichtlich oder auſſer gerichtlich, wird er darinnen allen Gläubigern vorgezogen, et *ord. recogn. Proc. Iur. Saxon. tit. 41. claſſ. 3. n. 5.* de qua nunc ſpecialius agendum, vt omnis inter ius Romanum et hodiernum prouinciale præcaueatur confuſio. Conſtitui hæc hypotheca debet apud acta *in iudicio*, vnde ſequitur, vt I) cauſæ cognitio interueniat et iudex animaduertat, vtrum conſentire debeat nec ne? Iudex enim ante omnia cognoſcere et inquirere debet, vtrum in hypotheeam publicam conſentire debeat, nec ne? atque hunc in finem protocolla ſeu libros publicos inſpicere tenetur, ne creditor alias decipiatur, ſi iam antea alii creditores in eam rem hypothecam conſecuti fuerint. Neque enim ſolius et nudæ auctoritatis gratia hodie *conſenſus* et *confirmatio* magiſtratus, ſed hunc in finem deſideratur, vt creditor certus ſit, rem liberam vel hypothecæ ſufficientem ſibi fuiſſe ſuppoſitam: II.) vt eius iudicis auctoritas interueniat, ſub quo bona ſunt ſita, quippe qui tantum cognitum habere debet, vtrum conſentire poſſit, nec ne? (III.) vt ſi conſenſerit, tandem hanc hypothecæ conſtitutionem libris iudicialibus inſerat. Neque enim ſolius auctoritatis gratia hæc inſinuatio, prout alii actus, in *forma communi* confirmantur, ſed plus deſideratur, vt ex antea dictis conſtat. Parum autem refert, vtrum debitor inſcriptis an viua voce confirmationem et conſenſum iudicis exigat,

I) Hypotheca conſtitui apud acta in iudicio.

II) Iudicis competentis auctoritas et conſenſus illi accedere et III) libris iudicialibus inſeri debet.

gat, cum de illius potiſſimum hic agatur præiudicio; creditoris vero conſenſus indubie adeſſe præſumatur, niſi leges prouinciales præterea quoque huius præſentiam deſiderent, vel ad minimum eius inſtantiam, vt iudex in bonorum qualitatem inquirat, quæ admodum vtilis eſt.

§. VII. Vnde merito quæritur, vtrum *voluntariæ*, an *contentioſæ*, an vero *mixtæ iurisdictionis* ſit hypothecæ inſinuatio et confirmatio ſtatutaria? poſterius adfirmatur, quia id, quod non niſi in certo iudicio fieri poteſt, *l. 10. D. de iurisd.* LYNKER in *comm. ad eund. tit.* cauſæque cognitionem poſtulat, *l. 2. pr. D. de off. proconſ.* ne vna eademque re, pluribus obligata, creditor decipiatur magis ad *contentioſam* vel potius *mixtam* refertur iurisdictionem. Argumenta enim in contrarium de donationum et teſtamentorum inſinuationibus ſumta non ſtringunt, cum meræ voluntariæ iurisdictionis hi actus, nullam cauſæ cognitionem deſiderantes, eſſe dicantur, quod coram quocumque iudice et extra iudicium quoque expediri queant. BERLICH. *conc. p. 3. concl. 4. n. 31.* Ex quibus rationibus etiam ſtatuendum eſt, debitorem in bonis ſuis, ſuper quibus habet iurisdictionem, hypothecam publicam creditori ad effectum prælationis ei concedendum, ne quidem conſtituere, nec conſenſum deſuper impertiri poſſe, niſi iudicium per iuſtitiarium eiusque actuarium, quibus ſingula actis publicis fideliter inſerere conuenit, exerceatur, MART. *ad Proc. Saxon. tit. 46. art. 2. no. 72.* multo minus autem hypothecam conſtitutam in propria cauſa ſecure annullare valet, nemo enim in propria cauſa contentioſæ vel mixtæ iurisdictionis officio iudicis recte fungi poteſt. *l. 10. D. de iurisd.* STRVV. *Ex. 4. th. 72.*

Hypotheca inſinuatio et confirmatio eſt mixtæ iurisdictionis.

Obiectiones remouentur.

Debitor in bonis ſuis, ſuper quibus habet iurisdictionem, hypothecam publicam creditori conſtituere nequit.

Multo minus annullare.

§. VII.

Nuda confirmatio iudicis vel principis sine consensu debitoris facta non constituit hypothecam publicam.

§. VIII. Quia sine domini bonorum consensu de alterius bonis disponere potest nemo, *l. 11. D. de R. I.* necesse est, vt in hypothecæ huius confirmationem consentiat *debitor*, cuius est, vel iudicialem vel extraiudicialem dare creditori suo hypothecam. Quapropter nuda magistratus vel principis ad *creditoris* instantiam facta confirmatio inuito debitore non facit *publicam*; hic enim illam constituit, non creditor. Nec obstat, quod creditor, cum confirmationem iudicis inscio debitore impetrauerit, sibi vigilauerit; *l. 24. in f. D. quæ in fraud. cred.* nam hæc vigilantia non potest vlterius extendi, nisi quatenus ex pacto cum debitore inito ipsi ius competit. Hoc itaque requisito omisso, parum sibi vtilitatis respectu hypothecarum iudicialium, rite constitutarum, quod scilicet ad *prælationem* attinet, moto concursu promittere poterit creditor, cum sub et obreptitie impetratæ confirmationis exceptionem nequeat declinare.

Hypotheca ante iudicis inuestituram, vbi viget, valida non est.

§. IX. Qua de causa in quibus prouinciis locisque dominium rei immobilis per *inuestituram* atque *traditionem iudicialiter factam* demum translatum habetur, vti in Saxonia Land-R. *art. 30. l. 2.* et ducatu Magdeburgico, *Ord. Polit. c. 22. §. 2.* eiusmodi hypotheca fundi immobilis ante inuestituram iudicialem a debitore constituta inualida est. Cum enim hic effectus vnice *ex dominii* iudicialiter abdicati translatione sumenda sit, quo non impetrato debitor dici nequit dominus, in legibus vero definitum sit, quod rei alienæ oppignoratio eatenus scilicet, vt creditori ius in re nascatur, non subsistat, *l. 2. D. de pign. act. l. 6. C. quæ res pign. oblig. poss.* statuendum merito est, rei immobilis oppignorationem ad effectum iuris realis et exinde dependentis prælationis ante inuestituram iudicialem factam validam non esse. MART. *ad P. S. tit. 46. art.* 2.

2. *n.* 40. Nec sufficit consensus domini superioris adhibitus, licet in huius impetrationem et hypothecæ constitutionem consentiat debitor, in rebus allodialibus et quidem immobilibus, respectu bonorum sub iudice inferiori sitorum, ad obtinendam præ aliis creditoribus prioritatem, quibus bona iudicis inferioris et debitoris consensu fuerunt oppignorata; quamuis posterioribus, ex hac momentosa ratione, ne vna eademque res pluribus simul obligetur, atque creditores inde credito suo defraudentur. Iudex enim superior vel ipse princeps commode scire nequit, an hic idem fundus oppignorandus a magistratu inferiori iam sit hypothecæ subiectus, nec ne? qua propter ad hunc finem obtinendum necesse est, vt *iudicis inferioris* consensus, sub cuius iurisdictione bona immobilia sita sunt, ad validam eorum oppignorationem præcise requiratur. COLERVS *de proc. exec. p. 1. c. 10. n. 202.*

Consensus principis in Saxonia et ducatu Magdeburgico non sufficit ad obtinendam prioritatem.

§. X. Adeoque in constituenda hypotheca iudiciali non solum ad formam iudicii, ad bona oppignoranda, sed ad iudicem etiam ipsum respiciendum est, quamquam in mobilibus, *pignori* dandis, solus contrahentium consensus sufficiat, nec vlla iudicis auctoritate ad eorum confirmationem et validitatem opus sit, præter possessionem in creditorem translatam, cum metus decipiendi creditores in his cesset, qui iudicis consensum in immobilibus requirit. Rarissime enim res mobiles hypothecæ subiiciuntur, sed statim earum subsequitur traditio, BERLICH. *p. 2. concl. 29. n. 13.* Siquidem secundum ius Romanum in bonis etiam immobilibus ne quidem desideratur, vt iudicis consensu muniatur hypotheca ad obtinendum ius reale, cum inconsulto illo æque efficaciter, ac si hic accesserit, contrahi queat *§. fin. I. quib. mod. re contr. oblig. l. 1. D. de pact.* Verum hanc iuris communis dispositionem ius reale,

Secundum ius Rom. et in mobilibus

Et in immobilibus confirmatio iudicialis ad ius reale obtinendum non requiritur. Postponitur tamen publicæ.

le, non vero prælationis respectu creditorum, *publica hypotheca*, quamuis posteriori, gaudentium, operari apparet ex *l. 11. C. qui pot. in pign. arg. l. 6. C. de prob.* eamdemque constitutionem per maximam partem Germaniæ obtinere testatur MART. *ad Proc. Sax. tit. 46. art. 2. no. 10. seqq.* eoque maiorem laudem meretur, quo maiores atque infinitæ, hoc introducto ordine, euitantur fraudes. Hoc tamen discrimen quoad publicam de *iure Romano* et *prouinciali* intercedit, quod illud non præcise interuentum iudicis, sub quo sita bona, eiusque caussæ cognitionem desideret, sed magis actus voluntariæ iurisdictionis dicendus sit, quia hoc iure sufficit, quod *publica* fide nitatur, adeoque coram notario fieri queat. Ast *iure prouinciali* multorum locorum præcise iudicis competentis consensus desideratur, vt moto concursu extraiudicialis hypotheca parum prosit, ante chirographarios demum collocanda, quia iudicis consensus maioris necessitatis est. Nec refert generalis an specialis constituenda sit hypotheca: vtrobique ad ius prælationis obtinendum accedere debet iudicis ordinarii auctoritas, nam quod in generali necessarium et vsitatum est, ad specialem quoque propter identitatem rationis commodissime potest extendi.

Discrepantia horum iurium adducitur, illud non præcise iudicem competentem, sed iura prouincialia passim desiderant

§. XI Ceterum facile quilibet perspiciet, sub omnium bonorum oppignoratione feuda non esse intelligenda. Ex iuris enim feudalis principiis constat, vasalli, quippe pleno in feudo feudali dominio carentis, potestatem esse restrictam; *II. F. 55.* ideoque liberrima de eo disponendi facultate circa feudum non gaudere, *II F. 8. §. 2.* et sic per consequens sine domini directi immo etiam agnatorum vel simultanee inuestitorum consensu, in viribus vasalli quidquam ex fundo feuda-

Sub omnium bonorum oppignoratione feuda non intelliguntur.

li

li cum effectu oppignorare positum non esse, *II. F. 52.* cum per oppignorationem quoque ad alienationem pandatur via, *l. 7. C. de reb. al. non alien.* ergo debitor vasallus ea tantum, de quibus liberam dispositionem habuit, censetur hypothecæ subiecisse. *II. F. 26. § in generali.* Quod si igitur horum sine consensu facta esset oppignoratio, non ipsa substantia feudi, sed tantum reditus ea affici iudicantur, et sic etiam hypotheca hæc vlterius quam quoad ipsum vasallum eiusque heredes, qui defuncti antecessoris factum præstare tenentur, non valet, VVLTEI. *c. 10. n. 43.* præcipue vero in feudi proprii, quod in dubio semper præsumitur, successione. *II. F. 26.* MENOCH. *arbitr. Iud. Quæst. qu. 191.*

§. XII. Denique quia iudex causa cognita consentire et præcauere debet, ne creditores decipiantur, in propatulo est, consensum a iudice non temere et nudæ confirmationis tantum gratia, impertiendum esse. Ideo enim *consensus* eius desideratur, vt diligenter ponderet, vtrum consensum in securitatem creditoris interponere possit et debeat, an vero eum potius denegare, si animaduertat, bona iam aliis legitime esse obnoxia, vt nouo creditori non æque sufficere queant. Effectum huius obseruationis egregie exponit BERLICHIVS *P. II. concl. 29. n. 70. seqq.* docetque, quomodo secure hæc hypotheca constitui queat, vt nimirum iudex antea ex libris iudicialibus euolutis doceat, bona debitoris libera vel ita comparata esse, vt eidem quoque sufficere possint, quo facto, si consentit, suo periculo consentit, hoc effectu, vt creditori contra eum *actione in factum* pateat regressus, si contra fidem datam et consensum interpositum bona non sufficere postea deprehenduntur. Ideo enim consensus iudicis ad oppignoratio-

Consensus iudicis non nudæ confirmationis tantum gratia adhibetur.

Effectus adducuntur.

nem desideratur, ne, eadem re pluribus obligata, creditores decipiantur, si vel maxime clausulam addiderit: doch mir und den Meinigen ohne Schaden, quia illa protestatio ipsi consensui interposito est contraria, vt plenius BERLICH. *tit. l.* declarat et illustrat CARPZ. *P. II. c. 23. def. 26. et 27.*

Hypotheca publica, rite constituta vnice attenditur moto concursu. Non extraiudicialis vel priuata. Tacita non eodem priuilegio gaudent. Illustratur per constitutionem Silesia.

§. XIII. In illis itaque locis, vbi iudicialis auctoritas cum consensu iudicis specifico desideratur, in concursu creditorum et quando contra tertium possessorem hypothecaria agendum, omne fert punctum *hypotheca publica*, adeo, vt hæc tantum contra tertium ius agendi operetur, non extraiudicialis in immobilibus, in quo magnopere recedit a iure communi. Immo in concursu creditorum fere illa vnice attenditur, vt vix tacitæ adhuc aliquid momenti habeant, vt supra iam obseruaui *§. V. in fin.* quamuis constitutiones prouinciales hac in causa admodum differant. Illustrationis causa adiiciam constitutionem in *Silesia anno MDCCIX. d. 4. Sept.* de hoc argumento publicatam, vnde liquet, hypothecas tacitas, etiam priuilegio prioritatis de iure communi munitas, hypothecis publicis, exceptis quibusdam, postponi. Tenor eiusdem hic est: Dero Römischer Kayserlicher auch zu Hungarn und Böheimb Königlicher Majestät Obrister Hauptmann, wir Frantz Ludewig rc. wie auch Cantzler und Räthe bey Dero Königlichen Ober-Amte im Hertzogthum Ober- und Nieder-Schlesien, entbieten denen Hoch- und Löblichen Herren Fürsten und Ständen des Hertzogthums Schlesien, derselben nachgesetzten Obrigkeiten, Beamten und jedermänniglich unsern respectiue gebührende freundliche Dienste, Freundschaft, Gnade, auch alles Gutes. Und mögen denenselben nicht verhalten, was massen allerhöchst gedachte Ihro Kayserliche und Königliche Majestät, unser allergnädigster Herr, in Anmerckung, daß bey denen Cridæ processen, mit concursibus credito-

rum

rum, insonderheit bey Abfassung derer classificatoriarum wegen der in unterschiedenen Fürstenthümern diuersò iure et modo eingeführten obseruantien und iudicaturen einiger Anstand, ob die creditores hypothecarii mit denen verschriebenen interessen gleich denen capitalien vor denen chirographariis prioritatiue consideriret, mithin diesfalls die geschriebene gemeine Käyserliche, oder aber die theils Orten recipirte Sächsische Rechte obseruiret werden sollen? sich ereignet, daher zu introducir- und Einführung eines in ermeldeten Dero Erb-Hertzogthum Schlesien gleichförmigen prioritætischen Rechts, wegen der künftig hin sich ereignenden concursuum creditorum sich dahin allermildest resoluiret, daß in casibus, vbi agitur de præiudicio posteriorum creditorum hypothecariorum, consensu iudiciali munitorum, der prior creditor ratione temporis des gerichtlich vermerckten consensus, nicht allein respectu capitalis, sondern auch mit denen interessen, jedoch nur denenjenigen, welche durch drey Jahr lang nach einander versessen, nicht allein denen andern creditoribus hypothecariis posteriorem hypothecam, wie ingleichen denen priuilegiatis vel tacitam hypothecam habentibus, worinnen aber diejenigen credita privilegiata, welche bey classificirung der creditorum nach der neuen Landes-Ordnung Dero Erb-Königreichs Böheimb auch denen hypothecariis vorgezogen zu werden pflegen, nehmlich die deposita, commodata, fideicommiss-Güther und Gelder, Geschlechts-Kleinodien, und da zwey oder mehr ein Gut oder Grund-Stück mit einander hätten, des Schuldners Theil alleine afficiret, die andern aber unbeirret gelassen, nicht minder die Begräbniß-Unkosten, Steuren, Artzney, Liedlohn der Bedienten und Haußgenossen, fundations- und alimentations-Gelder, dann die decimæ oder der Zehend, gäntzlich auszunehmen, sondern auch und um so viel mehr denen chirographariis vorgezogen, und solchergestalt die gemeine Käyserliche mit denen in Schlesien theils Orten recipirten Sächsischen Rechten

Rechten temperiret, folgends ein gleichförmiges ius und Richtschnur bey allen und jeden in öfters gedachtem Hertzogthum Schlesien situirten Fürstenthümern und verhandenen Obrigkeiten in casibus eiusmodi creditorum concursus und daraus resultirenden classificatoriis in iudicando et classificando obseruiret und beobachtet werden solle. Wann dann nunmehr allerhöchst ernannt Ihro Käyserliche und Königliche Majestät diese Dero wohlerwogene gerechtigste pragmatica aller Orten in Lande zu publiciren; und daß hiernacher in iudicando vom ersten Ianuarii, des GOtt gebe mit Glück, Heyl und Seegen nechst eintretenden siebenzehenhundert zehnden Jahres, der Anfang zu machen seye, denen gesammten Landes-Aemtern und Instantien zugleich zu bedeuten, allergnädigst anbefohlen: als wird zu dessen Pflicht-schuldigster Vollziehung sothane Kayserliche allermildeste resolution und pro iudicatura in denen processibus cridæ beliebte Richtschnur ob hoch- und wohlgedachte Herren, Fürsten und Ständen, dann auch derselben nachgesetzten Obrigkeiten, Beamten und jedermänniglichen durch gegenwärtiges patent kund gemacht, allerseits Landes-Aemter und Obrigkeiten aber, um dieser heylsamen sanction mit Beobachtung des von öfters allerhöchst gedacht Ihro Kayserlichen und Königlichen Majestät allergnädigst ausgesetzten termini a quo in iudicando geziehmend nachzukommen, mit Ernst die Erinnerung gethan.

Conclusio. §. XIV. Atque hæc pauca duntaxat hic adferre licuit, vt vel binis verbis ostenderem, magnam esse differentiam inter hypothecam publicam ex legibus prouincialibus et secundum ius commune consideratam, cum illa absolute et ad plenum vigorem non æque hæc desideretur: illa interponatur periculo iudicis, non æque hæc: illa contra tertium tantum operetur, iure communi autem quæuis hypotheca sufficiat, et

quæ

quae sunt alia, quae ex hactenus dictis colligi queant, a quibus eo facilius abstinebo, quod vnice in differentia ostendenda inter ius commune et Germanicum plurimarum prouinciarum sollicitus fuerim, atque ostendere voluerim, diuersa horum iurium principia non esse confundenda et sedulo in illis locis, in quibus ius commune Romanuum vnice attenditur, ab illorum interpretum doctrina abstinendum, qui *iura Germanica* et *prouincialia* in hoc argumento exponunt.

T A N T V M.

